

THÈSE DE

CAEN.

1887

N^o. /

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN
DE LA FIDÉJUSSION

DROIT CIVIL FRANÇAIS
DU CAUTIONNEMENT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Samedi 25 Juin 1887, à trois heures

Par René BECUE

Lauréat de la Faculté libre de Lille

Né à Bailloul (Nord), le 17 Octobre 1863

Président : M. LAISNÉ-DESHAYES, PROFESSEUR.
Suffragants : { MM. VAUGEOIS, PROFESSEUR-DOYEN.
TOUTAIN, PROFESSEUR.
CABOUAT, AGREGÉ

LILLE
IMPRIMERIE VICTOR DUCOULOMBIER

78, rue de l'Hôpital-Militaire, 78

1887

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

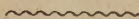
A MES PARENTS

A MES PROFESSEURS

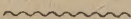
A MES AMIS

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN
DE LA FIDÉJUSSION



DROIT CIVIL FRANÇAIS
DU CAUTIONNEMENT



THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Samedi 25 Juin 1887, à trois heures

Par René BECUE

Lauréat de la Faculté libre de Lille

Né à Bailloul (Nord), le 17 Octobre 1863



Président : M. LAISNÉ-DESHAYES, PROFESSEUR.
Suffragants : { MM. VAUGEOIS, PROFESSEUR-DOYEN.
TOUTAIN, PROFESSEUR.
CABOUAT, AGRÉGÉ



LILLE
IMPRIMERIE VICTOR DUCOULOMBIER

78, rue de l'Hôpital-Militaire, 78

1887

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

DE LA FIDÉJUSSION

INTRODUCTION

Toutes les fois qu'un créancier suspecte la solvabilité de son débiteur, il peut lui demander de lui donner des sûretés spéciales, destinées à le protéger contre les éventualités possibles, sinon probables, d'une déconfiture partielle ou totale. Ces garanties particulières se divisaient, à Rome comme chez nous, en deux grandes catégories : en personnelles d'une part, et en réelles de l'autre. Envisagées dans leur ensemble, les premières constituent le cautionnement, qui consiste dans l'adjonction au débiteur d'une tierce personne, dont l'intervention a pour but de prémunir le créancier contre les chances

d'insolvabilité de celui qui doit. Le cautionnement est un contrat accessoire, distinct du contrat principal, par lequel une personne s'engage à payer pour autrui. Il est qualifié dans les textes d'*accessio*, quelquefois, mais plus rarement de *sequela*. Les sûretés réelles consistent toujours dans l'affectation d'une chose à l'acquittement d'une dette ; telles sont le gage et l'hypothèque. Le mot *cautio* désigne à Rome toute espèce de sûreté donnée par n'importe quelle personne pour assurer le paiement d'une dette.

Il semble tout d'abord évident qu'on doive préférer une sûreté réelle, telle qu'un gage, une hypothèque à une caution qui est une garantie personnelle ; cette caution, en effet, peut aussi devenir insolvable, tandis que la chose engagée ou hypothéquée aura toujours une valeur pouvant désintéresser le créancier en tout ou en partie. Si l'on n'envisage les choses que superficiellement, on trouve que certains jurisconsultes romains ont adopté cette manière de voir. Ainsi dans un texte célèbre qui forme la l. 25, Dig., De div. reg. jur. ant., Pomponius s'exprime clairement : « *Plus cautionis in re est, quam in persona ;* » c'est bien dire qu'une sûreté réelle est préférable à une garantie personnelle. Malgré cette phrase mémorable, nous nous proposons de démontrer que le cautionnement était dans les mœurs romaines plus populaire et plus pratiqué que les sûretés réelles ; cela ressort nettement de la presque unanimité des textes ayant trait à cette matière, et surtout des institutions en vigueur à Rome.

La vérité de cette assertion résulte déjà des deux textes suivants de Scévola et de Labéon, formant le premier la L. 34, § 1 Dig., De pignor. et hypoth. ; le second L. 14 Dig., quib. mod. pign. vel hypoth. solv.

Le texte de Scévola nous montre un débiteur, qui avait promis un garant, demandant par lettre à son créancier de vouloir bien lui permettre de remplacer un *sponsor* par un *pignus*, une caution par une hypothèque. La conclusion à tirer de là n'est-elle pas que dans la pratique romaine on donnait au cautionnement la préférence sur la sûreté réelle ? Car, sinon, la requête du débiteur ne se concevrait pas ; il est clair, en effet, que s'il avait été indifférent au créancier de recevoir une sûreté réelle à la place d'une garantie personnelle, la lettre en question serait dépourvue de sens.

Le chef de l'école Proculienne nous met en présence d'un bailleur se faisant donner par son fermier sur les *invecta importata*, c'est-à-dire sur les meubles introduits dans la ferme, une sûreté réelle, un *pignus*. S'il demande cette sûreté, ce n'est, dit Labéon, que provisoirement, en attendant le paiement des fermages ou une autre garantie équivalente. Or il arrive que le fermier découvre plus tard un fidéjusseur et l'offre à son propriétaire. Dès lors, dit le jurisconsulte, celui-ci est réputé avoir reçu satisfaction, et les meubles garnissant la ferme sont par suite dégrevés.

Ces deux textes établissent clairement le penchant des Romains pour les garanties personnelles, et l'époque à laquelle vivaient les jurisconsultes qui

les ont écrits, est un témoignage de l'ancienneté de cette pratique.

Un fait d'une importance considérable vient ensuite à l'appui de notre thèse : c'est qu'il existe dans la législation romaine nombre de cas dans lesquels la loi, ou plus souvent l'édit du préteur, prescrit à un débiteur de fournir une sûreté à un créancier déterminé. Or, cette sûreté consiste toujours et invariablement, non pas dans un gage ou dans une hypothèque, mais bien dans une *satisfactio*, c'est-à-dire dans la garantie accessoire d'un ou de plusieurs *adpromissores*, d'une ou de plusieurs cautions. Les exemples abondent d'hypothèses de ce genre ; nous en citerons quelques-unes des plus usuelles.

La première se présente en matière d'adrogation. En vertu d'un rescrit d'Antonin le Pieux, l'adrogeant est obligé de garantir par une promesse personnelle, qu'il doit faire avant l'adrogation, la restitution des biens de l'adrogé, pour le cas où celui-ci viendrait à mourir encore impubère sous la puissance paternelle de l'adrogeant, aux personnes qui auraient aujourd'hui le droit de les réclamer, s'il n'y avait jamais eu d'adrogation (héritiers légitimes, substitués pupillaires, légataires, fidéicommissaires). Cette promesse devait être accompagnée de *satisfactio* : l'adrogeant devait présenter une caution qui, par une promesse personnelle accessoire, contractât la même obligation que lui envers les mêmes personnes intéressées à la restitution (L. 19 pr. Dig., De adopt., Inst. lib. I, t. 11, § 3).

De même en matière de tutelle, tous les tuteurs

autres que les tuteurs testamentaires et les tuteurs nommés sur enquête par le magistrat, doivent promettre *rem pupilli salvam fore*, et fournir des fidéjusseurs qui garantissent l'exécution de leur engagement (Inst. lib. 1, t. 24, pr.). Cette obligation, qui paraît avoir été créée par le prêteur, est probablement contemporaine de la disparition de la loi *Atilia* (Inst. lib. 1, t. 20, § 3).

Nous trouvons deux autres cas de *satisfationes* imposées par l'édit prétorien dans la théorie de l'institution d'héritier et dans celle des legs.

L'héritier institué sous une condition négative qui dépend de sa volonté, par exemple : « *Titius heres esto, si in Capitolium non ascenderis* », peut la tenir pour accomplie, et se mettre immédiatement en possession de l'hérédité, à charge de fournir la caution mucienne. On désigne de ce nom l'engagement qu'il prend *cum satisfatione*, envers l'intéressé qui est le plus souvent son cohéritier testamentaire ou l'héritier légitime, de lui restituer l'hérédité, s'il contrevient à la volonté du testateur, c'est-à-dire en cas de défaillance de la condition. Moyennant cette garantie, l'institué pouvait tenir dès maintenant la condition comme accomplie, et faire adition (L. 7 pr. et § 1 Dig., De condit. et demonstr.).

Le légataire à terme ou sous condition a le droit d'exiger de l'héritier la *cautio legatorum*. Ce bénéfice lui est accordé par suite de cette considération que le légataire n'ayant pu exiger de garanties de son débiteur, il peut arriver qu'il se trouve, lors de l'exigibilité de son droit, en présence d'un héritier insolvable qui ne pourra pas le payer, ou d'un héri-

tier récalcitrant qui contestera la validité ou l'étendue du legs. La *cautio legatorum* consiste dans une promesse personnelle accompagnée de satisfaction, satisfaction qui le garantit contre l'insolvabilité du débiteur. (L. 1 pr. Dig., Ut leg. seu fid. serv.; L. 7 Code, Ut in poss. leg.).

Une autre application de notre règle se rencontre au cas de *damnum infectum*. On entend par là le dommage encore éventuel que peut causer une propriété à une propriété voisine, soit par une cause naturelle, éboulement de terrain, chute d'un arbre, soit par une cause artificielle, travaux, destination incommode ou mauvais état de constructions. Le propriétaire ou autre possesseur de l'*ædes ruinosa* doit fournir la *cautio damni infecti*, c'est-à-dire prendre à l'avance l'engagement de réparer le préjudice pouvant être causé par son fonds. Cette *cautio* consiste ordinairement en une simple promesse (*nuda repromissio*), à moins que le promettant n'y figure sans y être obligé par l'édit, et pour le compte d'autrui ; ainsi l'usufruitier et le gagiste, entre autres, devraient fournir des fidéjusseurs (*satisdare*). (L. 1, L. 7, L. 10 Dig., De damno infecto).

La procédure romaine nous fournit encore d'autres exemples.

Sous la loi des Douze-Tables, l'*in jus vocatio* obligeait le défendeur à suivre sans délai son adversaire devant le magistrat, ou à lui présenter un *vindeax*, c'est-à-dire un répondant qui prenait à sa charge le procès et la condamnation possible. Le préteur permit ensuite au défendeur de remplacer

le *vindex* par la *cautio in jure sistendi* ; il suffisait dès lors qu'il promît de comparaître à jour fixe, en offrant un fidéjusseur pouvant soutenir le procès à sa place, et assez riche pour garantir les droits du demandeur. (L. 1 Dig., si quis in jus voc.).

Dans la procédure de l'action de la loi appelée *sacramentum*, il intervenait encore d'autres cautions appelées *praedes*, notamment les *praedes litis et vindictiarum*. Les cautions fournies sur l'ordre du magistrat étaient parfois aussi désignées sous le nom de *vades* ; d'ailleurs le sens de ces deux termes est identique.

La *cautio de rato* ou *amplius non peti* tendait à garantir le défendeur contre le renouvellement de l'action déjà intentée contre lui. Quand une personne était représentée en justice par un *procurator*, celui-ci devait donner caution que le maître accepterait le résultat du procès (*satisdare rem ratam dominum habiturum*) (L. L. 2, 13, pr., 19 Dig., Rat. rem hab.).

Quant à la caution *judicatum solvi*, en nous plaçant à l'époque classique, nous voyons qu'elle était due, dans tous les cas, par tout défendeur quelconque, *suo* ou *alieno nomine*, à une action réelle, et par tout défendeur plaidant *alieno nomine* dans une action personnelle. Or l'exécution de cette caution était également garantie par des fidéjusseurs (Frag. Vat. § 317 ; Gaius Com. iv, § 88 et suiv.).

Un autre fait, plus caractéristique encore que le premier, vient établir et prouver la faveur marquée des Romains pour les garanties personnelles ; c'est cette règle générale aux termes de laquelle les satis-

dations prescrites par l'Édit du prêteur ne peuvent être remplacées par aucune espèce de sûretés, et ne peuvent, par conséquent, être suppléées ni par une hypothèque ni par un gage. C'est ce qui ressort de la façon la plus formelle de la L. 7 Dig, De stipul. præet.

Les auteurs littéraires, particulièrement Cicéron au livre XVI des *Epistolæ*, dans sa lettre 15 à Atticus, et Quintilien dans la *Declamatio* CCLXXIII, nous rapportent que c'était alors une honte pour le débiteur de laisser poursuivre la caution qu'il avait donnée à son créancier. Or, si l'opinion flétrissait le *reus* qui négligeait d'acquitter une dette garantie par des *adpromissores*, cela tenait, sans nul doute, à ce qu'au lien de droit dont il était tenu, venait s'adjoindre un lien moral qui ne pouvait pas, à coup sûr, résulter d'une simple constitution de gage ou d'hypothèque. Mais, pourrait-on dire, en présence de ce fait que les Romains tiennent pour indélicat au créancier de diriger ses poursuites contre la caution, comment comprendre que la loi ait mis les garanties personnelles au premier plan ? Nous répondrons que c'est précisément cette répugnance à poursuivre les cautions qui dut faire de tout temps préférer aux Romains les garanties personnelles aux sûretés réelles. Car, plus l'opinion publique flétrissait le débiteur qui négligeait de payer une dette garantie par un cautionnement, plus il nous semble qu'il devait se faire un point d'honneur d'empêcher les poursuites du créancier contre les *adpromissores* en s'acquittant personnellement. Par suite, plus le lien moral qui s'ajoutait au *vinculum*

juris dont il était tenu, était pris au sérieux, plus il constituait, à notre sens, au profit du créancier, une chance sincère et certaine de paiement. Nous ajouterons que ce trait des mœurs romaines nous est toujours apparu comme tout ce qu'il y a de plus naturel, et cela se comprend sans peine, pour peu qu'on réfléchisse qu'au fond une caution est une personne qui rend un service, un office d'ami. Le créancier doit donc, en morale pure, avoir pour la caution les plus grands ménagements, « *quam ut* » *hoc totum creditor lenius administraturus sit*, » comme dit Cicéron dans la lettre précitée.

Comment alors se tirer de la L. 25, Dig., De div. reg. jur. ant., dans laquelle Pomponius nous dit qu'une sûreté réelle vaut mieux qu'une garantie personnelle ? Il est évident que posséder est plus avantageux que d'avoir à intenter une action personnelle. Le créancier gagiste a la possession de la chose objet du *pignus*. Si le débiteur ne le paie pas à l'échéance, il ne lui reste qu'à vendre la chose engagée et à se désintéresser sur le prix. Le créancier hypothécaire jouit d'avantages analogues. Sans doute, il n'a pas, comme le gagiste, la détention, ni la possession de la chose affectée à son profit, mais il est investi de l'action *quasi-servienne*, à l'aide de laquelle il pourra se faire mettre en possession ; le résultat sera inévitablement ou le délaissement de la chose, ou le paiement de la dette. Si le débiteur se borne à délaisser, le créancier sera alors dans la même situation que le gagiste, il n'aura qu'à réaliser le bien affecté pour se payer sur le prix.

Si, au contraire, la créance n'est garantie que par un cautionnement, et que le débiteur ne s'acquitte pas, le créancier devra poursuivre la caution en justice, demander peut-être au magistrat une *missio in possessionem*, puis procéder à une *bonorum venditio*. De là des formalités, des lenteurs et des frais. Et si la caution est insolvable, la créance peut se trouver réduite à un simple dividende.

Comment dès lors comprendre la préférence des Romains pour le cautionnement ? Si nous jetons un regard sur ce que fut à Rome l'origine du crédit réel, nous voyons que dans le droit ancien le système des sûretés réelles était à peine ébauché. Les Romains ne connaissaient alors ni l'hypothèque, ni le *pignus* contenant en lui et impliquant le droit de vendre la chose engagée sans le consentement du débiteur. Ils ne pratiquaient en cette matière que l'aliénation fiduciaire. Le débiteur aliénait sa chose au profit du créancier par un des modes de transférer la propriété accompagné d'un contrat de fiducie, en vertu duquel le créancier s'engageait à retransférer, une fois payé, la propriété de cette même chose à l'aliénateur, et au cas de non paiement et, par suite, de vente, à lui restituer l'excédant du prix sur le montant de sa créance.

Cette sûreté avait de grands inconvénients. Excellente pour le créancier, elle était désastreuse pour le débiteur. En effet elle ôtait à ce dernier non-seulement l'usage de la chose aliénée, mais elle l'exposait encore à voir son bien détérioré, grevé de droits réels entre les mains du créancier qui pouvait même l'aliéner.

A côté de cette institution il y avait bien le gage, mais pendant longtemps le gagiste n'eut que la possession de la chose, non le droit de la vendre *invito debitore*. Il lui était même défendu, sous peine de vol, de s'en servir. Ce *pignus* était donc manifestement insuffisant. Le créancier qui perdait la possession ne pouvait la recouvrer, et, s'il n'était pas payé à l'échéance, ne pouvant vendre, il ne pouvait se payer lui-même. On remédia ensuite au premier de ces inconvénients au moyen des interdits possessoires et de la *procuratio in rem suam*. Le droit de vendre ne devint que peu à peu de l'essence du gage (L. 4 Dig., De pigner. act.). Du reste le *pignus* eut toujours pour effet de rendre stérile l'usage de la chose pour le créancier et pour le débiteur.

Les inconvénients que présentaient l'aliénation fiduciaire et le gage étaient donc des raisons décisives pour faire préférer à l'origine les *satisfactions* aux sûretés réelles. Le cautionnement avait en outre pour avantage que la caution, aussi bien que le débiteur principal, était tenue sur sa personne comme sur ses biens, ce qui pouvait mener à l'emprisonnement et à l'esclavage, en cas de non paiement à l'échéance.

Il est probable qu'à l'origine les cautions étaient généralement prises parmi les personnes que reliaient entre elles certaines obligations morales. Ainsi ce devoir de cautionnement existait entre patrons et clients. C'est ce qu'il est permis d'induire de deux passages de Denys d'Halicarnasse (*Antiquités romaines*, lib. II, ch. X) et d'Aulu-Gelle (*Nuits attiques*, lib. V, ch. XIII). On en trouve une

autre preuve dans Tite Live (Lib. v, ch. 32, *in fine*).

Ici se présente une objection aussi simple que naturelle : la préférence des Romains pour le cautionnement peut, à la rigueur, se justifier dans l'ancien droit romain, mais comment comprendre son maintien et sa persistance dans le droit classique, à l'époque où les jurisconsultes déclarent, Pomponius en tête, qu'une sûreté réelle vaut mieux qu'une garantie personnelle ? En effet, au temps d'Adrien et d'Antonin le Pieux, les débiteurs ne sont plus traités avec la même dureté qu'autrefois, l'esclavage n'est plus encouru pour défaut de paiement, la clientèle est une institution dont on n'a plus gardé que le souvenir, et le régime hypothécaire est universellement répandu.

Nous persistons cependant à affirmer que même à l'époque classique, et jusqu'au dernier état du droit romain, les satisfactions ont toujours été plus en honneur que les sûretés réelles.

La fréquence du cautionnement à Rome s'explique par les nombreuses prescriptions du prêteur ou de la loi, qui obligeaient dans des cas multiples, dont nous avons signalé les plus importants, certaines personnes à ajouter une satisfaction à leur promesse personnelle. Ces obligations imposées par l'édit prétorien de fournir des fidéjusseurs, subsistèrent jusqu'au déclin du droit romain, la compilation de Justinien en fait à chaque pas mention.

Il est vrai qu'à l'époque classique le régime hypothécaire avait atteint son plein et entier développement, mais l'hypothèque était à Rome un mauvais instrument de crédit, atteint de vices essentiels,

L'hypothèque a d'abord l'immense vice d'être occulte, car aucune mesure de publicité analogue à notre inscription ne vient la révéler aux tiers. De même les transmissions de propriété sont le plus souvent ignorées des intéressés. Cela étant, tout créancier a très-difficilement la certitude que son hypothèque soit bonne. Il peut d'abord ne pas savoir si son débiteur a la propriété du bien qu'il s'agit de grever, et par suite si son hypothèque a été valablement constituée, et ignorer ensuite s'il n'existe sur la chose aucune hypothèque antérieure qui prime la sienne.

C'est donc en aveugle que le créancier prête son argent et poursuit l'action hypothécaire ; c'est au hasard qu'il vend, puisqu'il encourt toujours le risque d'un recours en éviction de la part de son acquéreur. Et connaît-il même les hypothèques antérieures, il n'a la faculté ni d'exiger ni de surveiller la vente ; son unique ressource est de la prévenir par le *jus offerendæ pecuniæ*, qui peut excéder ses moyens et l'exposer à des pertes nouvelles, s'il survient ensuite un créancier hypothécaire plus ancien qu'il ne connaissait pas. Comme on l'a dit justement, le premier des créanciers hypothécaires a donc la part du lion.

La situation du tiers acquéreur n'est pas meilleure ; il achète et paie à l'aventure. Que son vendeur soit le constituant ou quelque créancier hypothécaire, une éviction le menace pendant trente ans. Car s'il est poursuivi en vertu d'une hypothèque antérieure, il doit payer intégralement ou délaisser ; la loi romaine ne lui donne aucun moyen terme pareil à notre purge.

Les débiteurs eux-mêmes souffrent d'un pareil régime, car ils ne jouissent d'aucun crédit, impuissants qu'ils sont à donner sécurité, soit aux acquéreurs, soit aux prêteurs.

En présence de ces inconvénients multiples, on conçoit sans peine que les sûretés réelles, et particulièrement les garanties hypothécaires, ne fussent pas à Rome en grande faveur, malgré l'assertion de Pomponius, si tant est qu'on interprète exactement le fond de sa pensée. Cette clandestinité des hypothèques et des mutations de propriété nous explique l'usage remarquable qu'avaient pris les créanciers romains de se faire consentir par le débiteur une hypothèque générale ; ainsi du moins avaient-ils la certitude que leur garantie n'était pas tout-à-fait illusoire.

L'*adpromissio* formera la base de ce travail sur le cautionnement des Romains. Toutefois nous avons pensé qu'il serait incomplet si nous ne disions également quelques mots du *mandatum pecuniæ credendæ* et du *pacte de constitut*. Ces deux institutions avaient à Rome une importance capitale ; elles présentent de plus avec l'*adpromissio* des analogies et des différences nombreuses qui les mettent presque constamment en parallèle avec elle dans les textes. Nous terminerons cette étude par un rapide exposé du cautionnement donné par les femmes et du *sénatus-consulte Velleien*.

L'*adpromissio* était à Rome conventionnelle, prétorienne, judiciaire ou mixte, selon qu'elle avait lieu en exécution de la volonté des parties, de l'édit du préteur, de l'ordre du juge, ou enfin qu'elle pou-

vait être imposée tout à la fois et suivant les circonstances, soit par le magistrat (*in jure*), soit par le juge (*in judicio*).

Nous ne traiterons dans la présente thèse, tant en droit romain qu'en droit français, que du cautionnement conventionnel; nous ne parlerons plus du cautionnement légal et judiciaire que d'une façon tout-à-fait subsidiaire, et à propos de questions soulevées incidemment dans le cours du travail.

Nous diviserons cette première partie en cinq chapitres :

- 1° Développement historique de l'*adpromissio*;
- 2° De la nature et de l'étendue de la *fidéjussion*;
- 3° Des effets de la *fidéjussion*;
- 4° De l'extinction de la *fidéjussion*;
- 5° De quelques autres *intercessiones*.



CHAPITRE I

Développement historique de l'Adpromissio

L'*adpromissio* n'est qu'une des faces de l'opération plus large qu'on appelle *intercessio*. Mühlenthal définit l'*intercessio* tout acte par lequel on assume sur soi la dette d'autrui : « *Intercessio generatim dicitur conventio, qua, quod alius debet, alius in se recipit solvendum.* (Doctr. Pand., § 483). »

Comme il serait difficile de comprendre sous cette définition le cas où l'on constitue un gage ou une hypothèque pour la dette d'autrui, nous pensons qu'on dira mieux que l'*intercessio* est tout acte par lequel on s'oblige personnellement ou par lequel on oblige sa chose pour l'obligation d'autrui et dans l'intérêt d'autrui. En effet, pour qu'il y ait *intercessio*, il faut les trois conditions suivantes : 1° Que l'*intercessor* oblige sa personne ou sa chose ; 2° qu'il l'oblige pour garantir ou remplacer la dette d'un tiers ; 3° qu'il l'oblige envers le créancier actuel ou futur d'autrui.

Les principales applications de l'*intercessio* sont au nombre de six : 1° on constitue sur sa chose un droit de gage ou d'hypothèque pour sûreté de la

dette d'un tiers : 2° on fait un pacte de *constitut* pour payer la dette d'autrui ; 3° on se porte *mandator pecuniæ credendæ*, c'est-à-dire on donne mandat à une personne de prêter une somme d'argent à une autre personne dont on se trouve, par le seul effet d'un tel mandat, garantir la solvabilité ; 4° on opère une *interventio*, en d'autres termes, on assume la dette d'un tiers qui allait s'obliger et s'en trouve dispensé ; 5° on devient *expromissor*, c'est-à-dire on se charge de la dette d'un tiers en s'obligeant *verbis* à la place du débiteur primitif qui est libéré ; 6° on accède *verbis* à la dette d'un tiers, ce qui est l'*adpromissio*.

Nous ne traiterons ici que de ce dernier mode d'*intercessio*, le plus classique et le plus fréquent ; le *constitut*, le *mandatum pecuniæ credendæ* seront expliqués à leurs places respectives ; la matière du paiement comme celle des sûretés réelles est, en dehors du cadre de notre thèse ; il en est de même de l'*expromissio* qui ne présente pas la moindre analogie avec le cautionnement, puisque celui-ci, au lieu de remplacer l'obligation principale, vient s'adjoindre à elle pour la fortifier et rendre son exécution plus certaine.

On distingue généralement deux espèces d'*intercessiones* : l'*intercessio privativa (principalis)*, et l'*intercessio cumulativa (accessoria)*.

La première a pour effet de libérer complètement la personne pour laquelle on intervient ; elle peut avoir lieu :

1° Au moyen d'une *expromissio*.

2° Au moyen de la délégation, lorsque le délégué

n'est pas le débiteur du délégant, car s'il était débiteur, on ferait bien un sacrifice pour autrui, mais on ne s'obligerait pas pour l'obligation d'autrui.

3° Par la *litis contestatio*, quand sur une poursuite dirigée contre un tiers, on se présente en justice pour le défendre, assumant sur soi le jugement (L. 11, § 1 Dig., De novat. et deleg.).

4° Quand on compromet pour autrui, c'est-à-dire lorsque, dans un différend qui concerne un tiers, on prend sur soi la décision arbitrale, comme au cas précédent on prend sur soi les conséquences du jugement.

L'*intercessio* est *cumulativa* quand celui qui intervient s'oblige avec celui pour lequel il intervient, de telle sorte que tous deux demeurent obligés jusqu'à ce que le créancier ait été satisfait.

Plusieurs juriconsultes divisent ultérieurement l'*intercessio cumulativa* en *subsidiaria* et *non subsidiaria* (Voyez Glück, Pand., xiv, p. 447). L'*intercessio* est subsidiaire, quand la personne qui est intervenue n'est tenue que *in subsidium*, c'est-à-dire pour le cas où le créancier ne peut pas être payé par le débiteur principal. Elle est non subsidiaire, dans tous les cas où la personne qui est intervenue, serait tenue même dès avant que le créancier aurait dirigé des poursuites contre le débiteur principal. Avant Justinien toute *intercessio* était, en règle générale, non subsidiaire ; elle n'était subsidiaire qu'en vertu d'une clause expresse, et un fidéjusseur qui avait stipulé qu'il ne serait tenu qu'au cas où le créancier n'aurait pas été satisfait par les poursuites dirigées contre le débiteur principal, s'appelait

lait *fidejussor indemnitis* (L. L. 1 et 2 Code, De conven. fisci debit).

Mais depuis Justinien, l'introduction du bénéfice de discussion a rendu généralement toute *intercessio* subsidiaire. Nous excepterons pourtant et le cas où le *constitutum alieni debiti* avait pour objet, non seulement la garantie, mais la faculté pour le créancier d'exiger le paiement en un autre lieu et un autre temps (L. 1, § 5; L. L. 4, 5, 13, 19, 81 Dig., De pecun. const.; L. 25, Dig., eod. tit.), et celui où l'*intercessor* avait formellement renoncé au bénéfice de discussion; dans ces deux cas l'*intercessio* était non subsidiaire.

La fidéjussion, le constitut, le mandat qualifié sont divers modes d'*intercessio* cumulative, à part l'hypothèque dont nous n'avons pas à parler.

Mais revenons à l'*adpromissio*.

Le mot *adpromissio* ne se trouve pas dans les textes juridiques.

L'*adpromissor* est un promettant accessoire qui intervient à côté d'un promettant principal. Festus le définit ainsi : « *Qui, quod suo nomine promisit alter, idem pro altero quoque promittit.* »

Il y avait à Rome trois classes d'*adpromissores* : les *sponsores*., les *fidepromissores* et les *fidejussores*; or, d'une part, chacune de ces trois classes était caractérisée par la formule ayant servi à interroger l'*adpromissor*, et, d'autre part, ces divers modes d'*adpromissio* étaient loin de produire les mêmes effets. Il importait donc au plus haut point de connaître la formule employée par l'*adpromissor*.

Le développement historique de l'*adpromissio* à

Rome peut être divisé en deux grandes périodes, la première comprenant le temps antérieur, la seconde celui postérieur à la loi *Apuleia, de sponsu*, rendue l'an 652 de Rome, 102 ans avant Jésus-Christ.

Première période. — Dans l'origine, il n'y a qu'une seule formule pour contracter l'*adpromissio*. C'est la formule quiritaire : *Spondes? Spondeo*, accessible aux seuls citoyens romains. Plus tard, la formule : *Fidepromittis? Fidepromitto*, vint permettre l'*adpromissio* aux pérégrins. L'*adpromissio* était cependant renfermée dans des bornes étroites. Ainsi nul ne pouvait garantir l'obligation d'autrui, si elle n'avait pour objet une *datio*, et l'*adpromissio* ne pouvait accéder qu'à un contrat *verbis*.

On attachait alors une si grande importance aux termes de l'*interrogatio*, qu'au temps de Gaius les prudents discutaient encore sur le point de savoir si le *sponsor* ou le *fidepromissor* était obligé, quand le débiteur était un pérégrin ou un esclave qui avait promis par la formule essentiellement civile de la *sponsio*. Les paroles sacramentelles n'ayant pas été valablement prononcées, quelques jurisconsultes en concluaient que l'*adpromissio* manquait de fondement, bien qu'il y eût assurément une obligation principale au moins naturelle.

Non content d'avoir enfermé l'*adpromissio* dans des bornes aussi étroites, l'ancien droit romain se montre en outre d'une rigueur excessive vis-à-vis des *sponsores* et des *fidepromissores*.

S'il en est intervenu plusieurs, chacun d'eux est tenu pour la totalité, comme s'il était seul, et comme il n'y a alors entre eux ni mandat, ni société, ni

gestion d'affaires, celui qui a payé le créancier n'a aucun recours à exercer contre les autres, et c'est lui qui supporte tout le fardeau de l'insolvabilité du débiteur. La seule chose qui atténue quelque peu cette situation si grave, c'est que l'obligation par lui contractée ne passe pas à ses héritiers, en vertu de ce principe que la mort du mandataire éteint le mandat. Les *sponsores* et les *fidepromissores* étaient en effet considérés comme les mandataires du débiteur principal.

La jurisprudence, trouvant la rigueur de cette situation exagérée, avait probablement déjà reconnu aux *sponsores* et *fidepromissores* le droit de se faire subroger aux droits et actions du créancier par eux désintéressé contre le débiteur principal, lorsque quatre lois célèbres vinrent enfin aux secours des *adpromissores*.

Deuxième période. — La première de ces dispositions est la loi APULEIA. Elle établit une société de plein droit entre les *sponsores* ou les *fidepromissores* d'un même débiteur. Il en résultait que, si l'un de ces *adpromissores*, tenus *in solidum* envers le créancier, payait au delà de sa part, il pouvait réclamer par l'action *pro socio* la répartition du surplus entre ses coobligés, abstraction faite de toute communauté préalable d'intérêts (Gaius, Com. III, § 122).

Là se trouve la solution d'un problème assez discuté. D'après quelques auteurs, l'obligation accessoire du *sponsor* ou du *fidepromissor* devait se contracter au même instant que l'obligation principale. Or une loi, dont le nom est illisible dans le

manuscrit de Vérone (et que certains auteurs ont appelée *Cicereia*), mettait le stipulant, qui recevait des *sponsores* ou *fidepromissores*, dans la nécessité de leur déclarer d'avance et publiquement (*prædicet palam et declaret*) le nombre des cautions qu'il se proposait d'obtenir, et la quotité de la dette garantie. L'omission de cette *prædictio* donnait à ces *adpromissores* le droit précieux de provoquer dans les trente jours une action préjudicielle ou *præjudicium*, dont l'effet était d'entraîner leur libération, s'ils établissaient en fait que la formalité n'avait pas été remplie (Gaius, Com. III, § 123). Une telle précaution prouve péremptoirement que les *sponsiones* ou *fidepromissiones* pouvaient précéder ou suivre la formation de l'obligation principale. Il est probable, en outre, qu'elle se trouvait édictée dans la loi *Apuleia*, tel est du moins l'avis de MM. Maynz et Ortolan ; en effet, du moment que les *sponsores* ou *fidepromissores* vont se trouver légalement associés, ils ont grand intérêt à savoir en quel nombre, avec quelles personnes et pour quel objet ils doivent entrer en société. Toutefois, comme Gaius nous fait remarquer au § 123, *in fine*, que cette loi inconnue pour nous s'appliquait aux fidéjusseurs, bien que le texte ne parlât que des *sponsores* et des *fidepromissores*, il est encore permis de supposer qu'elle fut postérieure à la loi *Apuleia*.

Une loi *FURIA, DE SPONSU*, autre plébiscite rendu en l'an 659 de Rome, vint apporter deux limitations de plus à la dette des *sponsores* ou *fidepromissores*.

Elle la divisa d'abord entre tous les *adpromissores* de ce genre qui étaient vivants au moment de

l'échéance ; le créancier ne put donc plus demander le total à chacun, mais seulement sa part virile, et désormais il courut le risque de l'insolvabilité de chaque *sponsor* ou *fidepromissor*. Cette division s'opérait vraisemblablement de plein droit ; par conséquent le créancier commettait une *pluspetitio* en poursuivant *in solidum*, et si l'un des *sponsores* ou *fidepromissores* payait par erreur au delà de sa part, il pouvait intenter efficacement la *condictio indebiti* pour l'excédant.

D'après un autre chef de la loi *Furia*, l'obligation des *sponsores* ou *fidepromissores* ne durait que deux années ; c'est une exception remarquable au principe qu'un laps de temps ne saurait éteindre un droit de créance ; il faut remarquer même qu'ici le *dies ad quem* est indépendant de la convention des parties. Ce délai de deux ans, *biennium*, partait sans doute du jour de l'échéance, et produisait, en s'accomplissant, une libération *ipso jure* (Gaius, Com. III, § 121).

Ainsi se révèle l'esprit tout politique de la loi *Furia* ; pour supprimer des désordres permanents, on voulut en tarir la source, qui était l'abus des emprunts. On essaya d'y arriver en stimulant, par la crainte de voir trop vite disparaître la sûreté, l'ardeur des créanciers à poursuivre les garants ; sous la menace de ces rigueurs, les débiteurs trouvèrent moins facilement des *adpromissores*, et les dettes diminuèrent avec le crédit.

A la différence de la loi *Apuleia*, la loi *Furia* n'était applicable qu'en Italie, où l'on redoutait davantage les soulèvements de la foule. La société

qu'avait établie le plus ancien de ces deux plébiscites conserva donc toute son utilité dans les provinces.

Le débiteur principal pouvait être actionné *judicio mandati* par les *sponsores* et les *fidepromissores* ayant acquitté la dette. Les *sponsores* reçurent encore une protection spéciale d'une loi PUBLILIA, de date inconnue, qui leur donna, outre l'action de mandat, qui leur était commune avec les *fidepromissores*, une action *depensi* avec la *manus injectio pro judicato*, s'ils n'étaient pas remboursés six mois après le paiement par eux opéré aux mains du créancier. L'*actio depensi* croissait au double *adversus inficiantem*.

Les trois lois dont nous venons de parler successivement ne parlent que des *sponsores* et des *fidepromissores* ; la loi *Publilia* n'a trait qu'aux *sponsores*. Une quatrième loi, la loi CORNELIA, rendue sous Sylla, en l'année 673 de Rome, est au contraire applicable aux trois classes d'*adpromissores*. Il fut défendu par cette loi de se porter *adpromissor* pour une quantité supérieure à vingt mille sesterces dans la même année, envers le même créancier, en faveur du même débiteur, *idem pro eodem, apud eumdem, eodem anno*. Cette loi ne visait pas seulement les obligations ayant pour objet une somme d'argent : l'*adpromissor* ne pouvait s'obliger pour une valeur supérieure à vingt mille sesterces, que cette valeur consistât en argent, blé, vin, ou toute autre chose. Cette loi tendait à diminuer les emprunts, en diminuant la sécurité des créanciers et le crédit des débiteurs ; mais elle manquait son but,

puisque'il restait possible de garantir la totalité d'une dette quelconque, par l'adjonction de plusieurs garants partiels. D'après son motif même, la prohibition n'atteignait que les cautions fournies pour une obligation contractuelle et certaine, c'est-à-dire constitutive d'un *creditum* (Gaius, Com. III, § 124).

On ignore si l'*adpromissio* exagérée était nulle pour le tout ou seulement réductible; la solution de la question dépend de la manière dont on restitue quelques mots illisibles dans le manuscrit de Gaius. Nous savons cependant que la loi avait prévu et déterminé certains cas où l'*adpromissio* pouvait se faire *in infinitum*; le juriconsulte en cite quatre : l'*adpromissio* fournie sur l'ordre du juge, celle garantissant la restitution d'une dot, le paiement de la *vicesima hereditatis*, et l'exécution des dispositions testamentaires (Gaius, Com. III, §§ 124 et 125).

La différence de rédaction si remarquable entre les lois *Apuleia*, *Furia*, *Publilia* d'une part, et la loi *Cornelia* d'autre part, a permis de conjecturer avec beaucoup de vraisemblance que la troisième formule de l'*adpromissio* : *Fidejubes ? Fidejubeo*, fut introduite pendant la période de quatorze années écoulée entre le vote des lois *Furia* et *Publilia* et celui de la loi *Cornelia*, c'est-à-dire entre l'an 659 et l'an 673 de Rome. Ces lois étaient tellement désastreuses pour le créancier, que le besoin d'un nouveau système de *satisfactio* se faisait impérieusement sentir. La fidéjussion, conçue dans un esprit beaucoup plus large et plus progressiste que la *sponsio* et la *fidepromissio*, vint fournir au créancier des garanties plus

sérieuses, et si elle empira la condition des *adpromissores*, ce ne fut que momentanément, ainsi qu'on le verra plus loin.

Avant d'aborder l'étude approfondie de la fidéjussion, exposons les différences que l'on peut trouver entre la *sponsio* et la *fidepromissio* d'une part, et la fidéjussion de l'autre.

1° Le fidéjusseur peut accéder à l'obligation principale, quel qu'en soit l'objet (*dare, facere, præstare*), tandis que le *sponsor* et le *fidepromissor* ne peuvent accéder qu'à une obligation ayant pour objet une *datio*.

2° Le fidéjusseur peut cautionner l'obligation principale, quelle qu'en soit la *causa civilis* (*res, verba, litteræ, consensus*), quelle qu'en soit la source (contrat, délit, *variæ causarum figuræ*). Il n'y a pas davantage à distinguer si l'obligation est civile ou naturelle. Les *sponsores* et *fidepromissores*, au contraire, ne peuvent cautionner qu'une obligation contractée *verbis*.

3° Le fidéjusseur peut garantir une dette contractée soit antérieurement, soit postérieurement à la fidéjussion. D'après certains auteurs, la *sponsio* et la *fidepromissio* devaient intervenir en même temps que l'obligation principale.

4° L'engagement des fidéjusseurs était perpétuel et transmissible à leurs héritiers. La libération biennale de la loi *Furia* ne leur était pas applicable. Au contraire, les héritiers des *sponsores* et des *fidepromissores* n'étaient pas tenus des engagements de leurs auteurs.

5° Chacun des fidéjusseurs était obligé pour le tout (à moins qu'il n'eût déclaré expressément s'engager que pour partie), sans pouvoir recourir contre les autres, sauf le cas où l'un d'eux s'était fait céder les actions du créancier. Les fidéjusseurs ne bénéficiaient donc ni de la division *ipso jure* établie par la loi *Furia*, ni de la disposition de la loi *Apuleia*, qui établissait une société de plein droit entre les *sponsores* ou *fidepromissores*. Toutefois nous verrons plus loin que l'empereur Adrien introduisit en faveur des fidéjusseurs le bénéfice de division, et nous parlerons également du bénéfice de cession d'actions que leur concéda la jurisprudence, et de celui de discussion établi par Justinien.

La *sponsio*, la *fidepromissio* et la *fidejussio* se formant toujours *verbis*, il en résulte que l'*adpromissio* constitue un contrat de droit strict, et par conséquent unilatéral. Un autre point également commun aux trois classes d'*adpromissores*, c'est que leur obligation n'étant qu'accessoire à l'engagement du débiteur principal, doit être identique à celui-ci, quant à son objet, et qu'elle ne saurait être plus étendue que l'engagement de ce débiteur. Nous expliquerons ce point en détail dans le chapitre suivant.

La fidéjussion, d'une application beaucoup plus large que la *sponsio* et la *fidepromissio*, était encore bien plus avantageuse pour le créancier. Aussi ne tarda-t-elle pas à supplanter complètement les deux premières formes d'*adpromissio*. Celles-ci tombèrent promptement en désuétude, et ce n'est que par inadvertance que les commissaires de Justinien ont

inséré çà et là dans leurs compilations les mots *de sponsores* et de *fidepromissores*.

Malgré son caractère relativement libéral, la fidéjussion était encore loin de répondre à toutes les exigences de la pratique des affaires. Elle n'en demeura pas moins, toutefois, en matière de cautionnement, le dernier mot du droit civil. La jurisprudence et le droit prétorien, au moyen du *mandatum pecuniæ credendæ* et du pacte de constitut, vinrent compléter et améliorer, sur ce point comme sur tant d'autres les institutions quiritaires.

CHAPITRE II

De la nature et de l'étendue de la Fidéjussion.

§ I. — A QUELLES OBLIGATIONS PEUT ACCÉDER LA FIDÉJUSSION ?

La fidéjussion, avons-nous dit, est un contrat accessoire qui suppose nécessairement une obligation principale qu'elle fortifie et sans laquelle elle ne pourrait exister. Il importe peu que cette obligation principale soit civile, prétorienne, naturelle, qu'elle naisse d'un contrat, d'un délit ou d'une autre source, qu'elle ait pour objet une *datio* ou un fait.

Il y a cependant des obligations civiles que des fidéjusseurs ne peuvent cautionner.

Une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, rendue l'an 381 de notre ère, et confirmée par une constitution de Justinien de 530, défend à la femme de recevoir caution de son mari ou du père de son mari pour la restitution de sa dot (LL. 1 et 3 Code, Ne fid. dot. dentur). La prohibition portée par ces textes nous prouve qu'avant Gratien, Valentinien et Théodose, un *adpromissor* pouvait

intervenir pour la garantie de la dot ; cette pratique était même passée dans les mœurs, car les empereurs déclarent expressément vouloir l'abolir dans l'intérêt de la dignité du mariage, afin d'éviter entre les époux la discorde que pourrait y amener une immixtion étrangère.

Un fragment du jurisconsulte Paul, qui forme la l. 55, au Digeste, au titre de *Jure dotium*, est ainsi conçu : « *Quum dotis causa aliquid expromittitur, » fidejussor eo nomine datus tenetur.* » Pothier, (Pandectes, tit. De fidej., n° 12) entend ce texte en ce sens qu'il n'est pas défendu au mari de recevoir des fidéjusseurs pour la dot qui lui a été promise. D'après lui, les commissaires de Justinien auraient inséré ce fragment dans les Pandectes, afin d'établir une antithèse entre la faculté accordée au mari de recevoir des fidéjusseurs pour la dot à lui promise, et la défense faite à la femme de recevoir de ce même mari des *adpromissores*.

M. Pellat (Textes sur la dot, p. 251-253, 2^e édit.), admet bien que les rédacteurs des Pandectes aient voulu établir une semblable antithèse, mais il fait remarquer, avec beaucoup de raison, que telle ne pouvait pas être la pensée de Paul, puisque de son temps il n'était pas encore défendu à la femme de recevoir du mari des fidéjusseurs. Qu'a donc voulu dire le jurisconsulte Paul ? Si l'on traduit littéralement la phrase des Pandectes, on obtient le sens suivant : Le fidéjussor s'oblige valablement pour l'*expromissor* de la dot, c'est-à-dire pour celui qui promet la dot en déchargeant par novation le *promissor dotis* primitif.

Mais si tel était le vrai sens du texte, Paul aurait tranché une question qui ne pouvait embarrasser personne, la validité d'une telle fidéjussion n'étant pas douteuse.

M. Pellat nous donne à ce sujet une explication bien ingénieuse et fort séduisante. D'après lui, les commissaires de Justinien auraient altéré le texte de Paul qu'il faudrait rétablir ainsi : « *Quum dotis causa* » *aliquid dicitur, fidepromissor (ou sponsor) eo nomine* » *datus, tenetur.* » Tribonien, coutumier du fait, aurait substitué au mot *dicitur* le mot *expromittitur*, la *dictio dotis* n'existant plus au temps de Justinien, et de même le mot *fidejussor* au mot *fidepromissor* ou *sponsor*, la *sponsio* et la *fidepromissio* étant également depuis longtemps tombées en désuétude.

Si l'on admet cette théorie qui, à notre avis, est la meilleure, le texte de Paul devient facile à comprendre.

Nous avons vu précédemment que le *sponsor* et le *fidepromissor* ne pouvaient accéder qu'à une obligation contractée *verbis*, que le fidéjussenr, au contraire, pouvait cautionner toute espèce d'obligation formée *re, verbis, litteris* ou *consensu*. Or la *dotis dictio* était bien, il est vrai, un contrat *verbis*, mais un contrat *verbis* qui ne consistait pas, comme la stipulation, dans une interrogation suivie d'une réponse conforme. On pouvait donc élever une difficulté sur le point de savoir si la *sponsio* et la *fidepromissio* pouvaient s'adjoindre seulement à une stipulation, ou si elles pouvaient accéder à tout contrat *verbis*. Paul se prononce dans ce dernier sens.

Les scolastes des Basiliques ont proposé une

autre explication du fragment ci-dessus indiqué. Ce texte voudrait dire que le fidéjusseur est tenu *in solidum*, bien que le débiteur principal, qui aurait promis la dot par libéralité, ne soit obligé que *quatenus facere potest* (Comp. la L. 33 Dig., De jure dotium). Cette interprétation nous paraît beaucoup moins fondée que celle de M. Pellat.

Un fidéjusseur peut accéder à une obligation prétorienne aussi bien qu'à une dette civile.

EXEMPLE. — On sait que d'après le droit civil, le *paterfamilias* ne pouvait pas être obligé par les actes des personnes placées sous sa puissance, telles que les fils de famille et les esclaves. Mais le droit prétorien vint sur ce point battre en brèche la théorie civile pour les obligations des fils de famille et des esclaves résultant de contrats ou de quasi-contrats. Lorsque le *paterfamilias* a donné un pécule à son fils ou à l'esclave, il est tenu des engagements par eux contractés jusqu'à concurrence du pécule au moyen de l'action de *peculio* (Inst., lib. IV, tit. 7, §§ 4 et 5). Le chef de famille pourra donner un fidéjusseur pour cette obligation dont il est tenu de *peculio*, et le fidéjusseur sera obligé en vertu du droit civil lui-même (L. 12 Dig., De fidej.).

Examinons quelques espèces de fidéjussions accordant à des obligations naturelles qui, comme nous l'avons dit plus haut, peuvent être valablement cautionnées. Nous parlerons successivement de l'esclave, du fils de famille, du prodigue, du *furiosus*.

Un fidéjusseur peut cautionner l'obligation naturelle dont un esclave est tenu, soit vis-à-vis de son maître, soit vis-à-vis d'un étranger (Inst., lib. III,

tit. 20, § 1; L. 13 Dig., De conduct. indeb.; L. L. 35 et 70, § 3 Dig., De fidej.)

Il est permis de même au fidéjusseur de garantir l'obligation naturelle contractée par le fils de famille vis-à-vis du *paterfamilias*, et celle dont est tenu le pupille qui rend sa condition pire *sine tutoris auctoritate* (L. 42 Dig., De jure-jur. ; L. 127 Dig., De verb. oblig., L. 35 Dig., De recept.).

Bien que la promesse faite ainsi par un pupille ne l'oblige pas même naturellement, cependant le fidéjusseur qui intervient pour une telle promesse est obligé ; car en général cette promesse est susceptible de produire une obligation à l'égard de toute personne autre que le pupille lui-même, d'obliger par conséquent celui qui constitue une hypothèque ou un cautionnement, celui qui intervient d'une manière quelconque pour une telle obligation. Elle produit aussi des effets tendant à libérer le pupille d'une obligation qui lui était personnelle, comme par exemple en matière de novation, mais elle ne produit pas des effets qui puissent lui nuire ou éteindre une obligation établie à son profit. C'est pourquoi le pupille qui fait novation, s'il promet à son créancier autre chose, fait une novation valable et est libéré ; mais s'il stipulait de son débiteur autre chose, la novation ne serait pas valable, le débiteur du pupille ne serait pas libéré.

C'est par cette distinction que se concilient les divers textes où il est dit, d'un côté, soit implicitement, soit explicitement, que la promesse du pupille constitue une obligation naturelle, et de l'autre côté, que le pupille n'est pas même naturellement obligé.

Le fidéjusseur qui intervient pour un pupille, s'oblige donc envers le créancier, mais il n'oblige pas le pupille envers lui-même en sa qualité de mandataire ; à ce titre il n'aura pas contre le pupille l'action *mandati contraria*, il n'aura que l'action *in factum* si, de tout ce qui a été fait, le pupille a été enrichi (L. 5 Dig., De auct. et consensu tut. et curat).

La loi 25 à notre titre, au Digeste, De fidej., a donné lieu à une difficulté célèbre. Ce fragment d'Ulpien est extrait du livre II de son commentaire sur l'Edit.

« *Marcellus scribit: si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejussit: magis esse ut ei non subveniatur: quoniam his actio mandati non competit.* »

Le prodigue, comme le pupille, pouvait rendre sa condition meilleure, non la rendre pire. Si donc le prodigue contracte une obligation sans l'assistance de son curateur, il n'est pas obligé civilement ; mais ne l'est-il pas au moins naturellement ? La L. 6 Dig., De verb. oblig., semble bien admettre la négative. Ce texte dit qu'un fidéjusseur ne peut intervenir pour le prodigue, pas plus que pour un *furiosus*. Si l'intervention d'un fidéjusseur n'est pas possible, c'est donc qu'il n'y a pas d'obligation naturelle principale.

Mais d'un autre côté, quand tous les textes, sauf deux seulement (L. 41 Dig., De condict. indeb. ; et L. 59 Dig. De oblig. et act.), déclarent que le pupille qui s'oblige *sine tutoris auctoritate* s'oblige naturellement, est-il admissible que le prodigue ne puisse

jamais contracter une obligation naturelle? Est-ce que son consentement, quoique imparfait sans doute, ne doit pas être pris par le *jus gentium* en aussi sérieuse considération que celui de l'impubère? Frappés de la force de ce motif, MM. Machelard (Des obligations naturelles en droit romain, p. 226), et Massol (De l'obligation naturelle et de l'obligation morale en droit romain et en droit français, p. 159), admettent l'obligation naturelle du prodigue. Glück enseigne l'opinion contraire (t. iv, p. 57).

Toutefois, si l'on admet que le prodigue s'oblige naturellement, quel peut donc être le sens de la loi 6, qui met le prodigue sur la même ligne que le *furiosus*?

Le *furiosus*, même dans les périodes non lucides, pouvait se trouver grevé d'une obligation formée *re* et indépendante du consentement du débiteur. M. Machelard cite comme exemple le cas où un *furiosus* étant dans l'indivision avec un tiers, ce dernier a fait des dépenses dans l'intérêt commun. L'action *communi dividundo*, dans cette espèce, est donnée contre le *furiosus* (L. 46 Dig., De oblig.).

Si un fidéjusseur intervient ainsi pour un insensé *re obligatus*, cette fidéjussion est assurément valable : « *Tenetur fidejussor*, » dit Gaius. Mais le même jurisconsulte, dans le même paragraphe de la même loi (L. 70, § 4 Dig., De fidej.), oppose au cas d'une fidéjussion intervenue sur une obligation formée indépendamment de la volonté du *furiosus*, l'hypothèse où le créancier a stipulé de l'insensé ; et de même que la L. 6, Dig., De verb. oblig., décide

qu'un fidéjusseur ne pouvait intervenir pour garantir l'obligation d'un prodigue, de même Gaius déclare qu'il n'y a pas de fidéjussion admissible sur la promesse du *furiosus*. Et le célèbre jnriconsulte est ici bien affirmatif : « *Non posse te fidejussorem accipere certum est !* » Quant au motif d'une telle décision : « *Quia, dit-il, non solum ipsa stipulatio* » *nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum* » *gestum intelligitur.* » Ainsi, la promesse du *furiosus* n'emporte ni obligation civile, ni obligation naturelle, c'est le néant. Il est à remarquer que pour le prodigue, les termes de la loi 6 sont beaucoup moins énergiques. Dans ce cas, en effet, on ne peut pas dire que le consentement fait défaut. Mais alors nous répétons notre question, et si les Romains reconnaissaient que le prodigue fût capable de consentement, pourquoi ne pas admettre contre lui une obligation naturelle ?

Le moment est venu de parler de notre loi 25 Dig., De fidej., dont nous avons cité plus haut le texte.

Cette loi, prévoyant le cas où quelqu'un aurait cautionné soit un pupille obligé sans l'autorisation du tuteur, soit un prodigue, soit un *furiosus*, dit qu'on ne viendra pas au secours du fidéjusseur, qui ne pourra pas se prévaloir de l'exception tirée de l'incapacité civile du promettant, parce que, dit le texte, il n'aura pas l'action *mandati* contre l'incapable.

« Le sens naturel de ce texte, dit M. Machelard, » est que le fidéjusseur restera tenu sans pouvoir se » faire décharger, ce qui est indifférent pour le » pupille, le prodigue ou l'insensé, qui ne sont point » exposés à une action récursoire. »

La version des Basiliques confirme cette interprétation : « *Qui fidejussit pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove vel furioso, tenetur quidem; » mandati autem actionem adversus eos non habet. »*

La loi 25 est facile à expliquer en ce qui concerne le pupille. Celui-ci contractant en dehors de l'autorisation du tuteur une obligation naturelle, cette obligation naturelle peut servir de base à une fidéjussion : seulement, comme ce pupille est tout aussi incapable de s'obliger civilement *sine tutoris auctoritate* vis-à-vis du fidéjusseur que vis-à-vis du créancier, rien de plus naturel que de voir Ulprien refuser contre lui au fidéjusseur le *judicium mandati*.

Le texte devient plus difficile à comprendre lorsqu'il parle du prodigue et du *furiosus*. Gaius, dans la loi 70, § 4 Dig., De fidej.; Ulprien, dans la loi 6, Dig., De verb. oblig., nous disent que le prodigue et le *furiosus* ne s'obligent pas même naturellement, que par conséquent aucun fidéjusseur ne peut intervenir pour eux ; et voilà ce même Ulprien qui, dans la loi 25, vient nous parler d'une obligation du prodigue et du *furiosus*, garantie par un fidéjusseur !

Voilà une contradiction fort embarrassante !

Cujas et Pothier, pour concilier les trois textes, enseignent qu'il s'agit dans la loi 25, comme dans le § 4, *in fine*, de la loi 70, d'un prodigue et d'un *furiosus* obligés *re*, par exemple *quasi ex contractu* : ces deux éminents jurisconsultes se bornent, en conséquence, à remplacer dans la loi 25 *quoniam* par *quamvis*.

Cette manière de voir est réfutée fort ingénieuse-

ment par M. Machelard, au moyen du raisonnement suivant : « Si, dit-il, le fidéjusseur ne peut agir par » l'action *mandati*, on ne lui contestera pas du » moins le droit d'agir contre l'incapable par l'action *negotiorum gestorum*. En effet, en payant le » créancier, il aura débarrassé le prodigue ou l'insensé d'une dette qui pesait sur eux. Les Romains » admettaient que le *furiosus* fût tenu à la suite » de la gestion d'affaires (L. 3, § 5 Dig., De » negot. gest.). Dès lors, si le fidéjusseur a un » recours contre le *reus*, on n'aperçoit pas quel » intérêt il pourrait avoir à demander qu'on le » relevât de son obligation, et surtout quelle utilité » il y a à faire observer que le prodigue et l'insensé » sont à l'abri de l'action de mandat, puisqu'ils restent soumis à l'action *negotiorum gestorum*. »

Noodt, Vinnius, Glück s'en tiennent à la version des Basiliques, et M. Machelard se range à leur avis. Nous croyons aussi que cette manière de voir est la meilleure. Marcellus et Ulpien, dans la loi 25, visent le cas d'un fidéjusseur qui a cautionné sciemment un prodigue ou un insensé, connaissant l'état d'interdiction ou la situation d'esprit du *reus*. Au contraire, la loi 6 et la loi 70, § 4, *in principio*, qui déclarent nulle la fidéjussion, parce qu'aucune obligation, même naturelle, n'existe, se réfèrent à l'hypothèse où le fidéjusseur a cautionné le prodigue ou le *furiosus*, sans savoir qu'il cautionnait un incapable. Dans ce dernier cas, le fidéjusseur n'est pas lié, par ce qu'il a agi par erreur. On pourrait objecter que, pour ce qui est du *furiosus*, l'obligation principale fait toujours défaut, puisque l'in-

sensé est incapable de consentir. Mais M. Machelard fait ici une distinction entre le *furiosus* et le *mente captus* : le consentement de ce dernier ne produit jamais d'effet juridique. Chez le *furiosus*, au contraire (et c'est de lui seul qu'il est question dans nos textes), il y a possibilité de comprendre un engagement pendant une période de lucidité.

M. Machelard accepte la transposition proposée par Noodt des mots *his* et *ei* dans la loi 25 : le sens du texte ainsi modifié serait que ce sont les incapables qui n'ont pas besoin d'être restitués contre leur obligation, parce que l'action de mandat ne compété pas *ei*, c'est-à-dire au fidéjusseur contre eux.

M. Ortolan (Explic hist. des Inst. de l'emp. Justinien, 8^e édit., t. III, n° 1805, p. 459, note 3), n'accepte pas l'explication que nous venons de donner : les décisions de Gaius et d'Ulpien sont, dit-il, absolues. M. Ortolan inclinerait à croire que la question de savoir si le prodigue ou le *furiosus* étaient tenus d'une obligation naturelle, était controversée entre les jurisconsultes romains, comme cela avait lieu (tel est du moins l'avis de plusieurs auteurs) pour le pupille. Cette divergence d'opinions expliquerait la présence dans les Pandectes de ces textes contradictoires.

Ainsi donc, dans les intervalles lucides, le *furiosus* s'oblige au moins naturellement. Mais s'est-il trouvé dans un de ces intervalles en contractant ? Le créancier doit le prouver, et cette charge de prouver fait plus ou moins périliter sa créance, même au point de vue naturel. Un fidéjusseur intervient sciemment : le cautionnement est valable, quand

même le créancier ne démontrerait pas que le *furiosus* était en contractant dans un intervalle lucide.

Il en est de même du prodigue. La caution relève le prodigue de son incapacité, non pas au détriment du prodigue ni contrairement à la loi civile, mais elle le relève à ses propres risques et périls, à elle caution.

Nous arrivons par suite à ces résultats :

1^o La fidéjussion intervenue pour un pupille, qui naturellement peut consentir, est dans tous les cas valable, bien que le pupille ne soit pas obligé personnellement, *ex consensu*, pas même d'une manière naturelle.

2^o La fidéjussion donnée pour un prodigue ou un furieux, est nulle en règle générale, à moins qu'elle ne soit intervenue précisément pour assurer le créancier contre l'exception que le principal contractant lui-même peut tirer de son état d'incapacité civile. D'où il résulte que, bien que le cautionnement, pour qu'il soit valable, suppose une obligation principale valable, il peut cependant intervenir pour garantir le créancier contre l'exception que le principal obligé peut tirer de son incapacité civile, si telle est l'intention des parties ; car, dans ce cas, la capacité naturelle au moins existe ou est censée exister en vertu du contrat même. Mais cautionner une obligation nulle pour défaut d'objet, nulle pour cause illicite, voilà ce qui est impossible ; car là où il n'y a point d'obligation principale, pas même naturelle, il n'y a point de cautionnement.

La loi 37, à notre titre, au Digeste, De fidej., nous

donne un autre exemple d'une obligation naturelle garantie par un fidéjusseur. Paul nous présente le cas d'un *reus* qui, libéré d'une action temporaire, donne par erreur, c'est-à-dire dans l'ignorance de sa libération, un fidéjusseur à son créancier. « *Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur: quoniam erroris fidejussio nulla est.* » La fidéjussion est nulle d'après le jurisconsulte.

Nombre d'auteurs soutiennent cependant qu'en droit romain la prescription laisse subsister une obligation naturelle ; mais alors comment répondre à l'argument décisif, ce semble, qui résulte au sens contraire de la loi 37 ? Weber suppose qu'il s'agit dans cette loi d'un débiteur qui aurait formellement limité son obligation à un certain temps. Il est évident que si telle est l'hypothèse prévue, la fidéjussion est nulle, mais cette supposition n'est pas fondée. Francke soutient que Paul vise le cas d'un *sponsor* libéré par l'expiration du délai de deux ans fixé par la loi *Furia*, lequel *sponsor*, ainsi libéré, donnerait à sa place au créancier un fidéjusseur. Cette explication est encore bien plus risquée que la précédente. M. de Savigny (Traité de Droit romain, t. v. trad. Guenoux, p. 425) ne voit dans la loi 37 qu'une application de cette idée, que le fidéjusseur doit profiter des exceptions qui compètent au débiteur principal. Cette règle, exacte en principe, n'est pas absolue, et comporte des restrictions. Il arrive souvent que le fidéjusseur peut être poursuivi alors que le *reus* est à l'abri d'une action, par exemple, si le *reus* peut invoquer le bénéfice de compétence, ou

se prévaloir d'un *pacte de non petendo in personam* que lui a concédé le créancier. Dans ces hypothèses, comme dans d'autres encore, le fidéjusseur est obligé par ce que le *reus* reste tenu d'une obligation naturelle qui sert de support à la fidéjussion.

A l'instar de Weber et de Francke, M. de Savigny croit que la prescription laisse subsister une obligation naturelle : il tâche d'éviter l'objection tirée de la loi 37, qui déclare nulle la fidéjussion, de la manière suivante. La loi 37, dit-il, prouve qu'après la prescription, l'obligation n'a pas péri tout entière. En effet, s'il en était autrement, l'erreur ne devrait avoir aucune influence sur la validité ou la nullité de la fidéjussion. Or Paul, au contraire, base précisément la nullité de la fidéjussion sur le fait de l'erreur : n'est-ce pas dire que le cautionnement fourni par un débiteur ayant connaissance de l'accomplissement de la prescription, serait parfaitement valable ? Donc, si ce cautionnement fourni sciemment est valable, c'est qu'une obligation au moins naturelle survit à la prescription.

Cet argument de M. de Savigny est fort sérieux ; M. Machelard n'y voit pas toutefois la preuve de la survivance d'une obligation naturelle à l'accomplissement de la prescription. Son avis est que, en droit romain comme en droit français, un débiteur dégagé par la prescription, était libre de renoncer à ce bénéfice. « S'il lui plaît d'abdiquer le moyen grâce » auquel il pourrait échapper à l'obligation, la » reconnaissance de la dette qu'il fait sciemment » en fournissant une caution doit-être tenue pour » valable, de même que le paiement qu'il aurait

» exécuté volontairement. Mais s'il était vrai qu'il
» restât obligé naturellement dans le sens ordinaire
» de ce mot, l'erreur où il serait tombé, soit en payant,
» soit en donnant quelque garantie, n'empêcherait
» pas la validité de ces actes. La fidéjussion trou-
» verait une base suffisante dans l'obligation natu-
» relle, *vulgari sensu*, dont l'efficacité n'est pas en
» général subordonnée à la volonté du débiteur. Il
» est clair néanmoins que, suivant Paul, l'ancien
» débiteur qui s'est trompé, ne doit souffrir aucun
» préjudice par suite de son erreur. Ce n'est donc
» pas là une véritable obligation naturelle pouvant
» nuire au débiteur malgré lui. »

Nous avons vu que l'obligation naturelle suffit pour servir de base à une fidéjussion. Cependant il y avait à Rome des obligations naturelles qui n'étaient pas, dans la pratique, garanties par des fidéjusseurs (sans que cela infirme le principe) :

1^o Les obligations naturelles résultant des *pacta nuda* ;

2^o Celle qui a pour objet la prestation des *operæ officiales* due par l'affranchi à son patron ;

3^o Celle à laquelle se trouve soumise la femme de contribuer aux charges du ménage, quoiqu'elle n'ait pas été dotée ;

4^o Celle qu'accomplit l'héritier soit testamentaire, soit *ab intestat*, lorsque, malgré les irrégularités du testament ou du codicille, et par respect pour les volontés du défunt, il exécute les legs et les *fidéicommissis*, ou bien renonce soit à la Falcidie, soit à toute autre retenue que le *cujus* l'avait autorisé à opérer.

La *minima capitis deminutio* laisse subsister contre le *capite minutus* une obligation naturelle : ce point n'est contesté par personne. D'où il suit que si un fidéjusseur est intervenu avant la *capitis deminutio*, il reste obligé malgré l'arrivée de celle-ci. Cette obligation naturelle survivant ainsi à la *minima capitis deminutio* devint même une véritable obligation prétorienne, car le prêteur donna une action fictive contre le *capite minutus* lui-même (L. 2, § 1, Dig., De capit. min. ; Gaius, Com. III, § 84, et Com. IV, § 38).

Le fidéjusseur peut-il invoquer pour sa libération la *restitutio in integrum* accordée au mineur de vingt-cinq ans ? Nous trouvons la question traitée dans les textes, mais seulement dans l'hypothèse où la fidéjussion est intervenue avant que le mineur se soit fait restituer *in integrum*. Nous parlerons de ce cas en traitant de l'extinction de la fidéjussion.

Si la fidéjussion est intervenue après la *restitutio in integrum*, malgré le silence des textes, nous pensons que le fidéjusseur demeure obligé. En effet, puisque les Romains admettaient une obligation naturelle contre l'impubère ayant contracté *sine tutoris auctoritate*, il est évident que le pubère, malgré la *restitutio in integrum* prononcée à son profit, reste obligé naturellement. Il y a donc là une base à une fidéjussion, conformément au principe général. Nous croyons cependant qu'il faut ici distinguer entre les fidéjusseurs qui auraient connu et ceux qui auraient ignoré le véritable état des choses, en décidant que les premiers seuls seraient obligés.

Lorsque le débiteur a été absous par le juge, et

qu'un fidéjusseur, avant la sentence d'absolution, a garanti l'obligation, ce dernier peut opposer au créancier l'exception *rei judicatæ*, qui est une exception *in rem* (L. 7, § 1, Dig., De except.). Mais la fidéjussion est-elle valable si le fidéjusseur ne s'est obligé qu'après la sentence rendue ? Dans le silence des textes, nous croyons que si le fidéjusseur s'est obligé en connaissance de cause, il est lié par ce motif que la chose jugée laisse subsister une obligation naturelle pouvant servir de support à une fidéjussion. Si, au contraire, le fidéjusseur est intervenu sans avoir connaissance de la sentence d'absolution, il n'est pas obligé, *quoniam erroris fidejussio nulla est*.

De même, si un fidéjusseur a garanti le prêt d'argent contracté par *filiusfamilias* au mépris du Macédonien, il peut, tant que le fils de famille n'a pas été absous sur la *condictio certi* au moyen de l'exception du sénatus-consulte, opposer lui-même cette exception qui est *in rem*. Si, au contraire, le fidéjusseur n'est intervenu qu'après l'absolution du *filiusfamilias*, il sera ou non obligé suivant la même distinction que ci-dessus.

L'*intercessio* de la femme, contractée au mépris du sénatus-consulte Velleien, ne peut jamais servir de base à une fidéjussion, parce que la femme n'est pas même obligée naturellement (L. 16, § 1, Dig. Ad scum Vell).

La fidéjussion peut garantir une obligation future, aussi bien qu'une obligation déjà existante : *Adhiberi autem fidejussor tam futuræ quam præcedenti obligationi potest*, dit la loi 6, § 2, Dig., De fidej.).

Cependant la fidéjussion, quoique valable, lorsqu'elle est intervenue avant l'obligation principale, n'aura d'effet qu'à partir de l'existence de cette obligation, et de là il suit que si la caution, pour assurer son propre cautionnement, avait constitué hypothèque, celle-ci ne prendrait rang et date qu'à partir du jour où l'obligation principale aurait été contractée. On ne pourra pas dire ici que l'obligation principale, qui est la condition du contrat d'hypothèque, étant arrivée, elle doit rétroagir et donner des effets à la fidéjussion et à l'hypothèque, à partir du moment où ils ont été constitués, car la dette principale par rapport au cautionnement ou à l'hypothèque, n'est pas une condition proprement dite. Par condition proprement dite, dont l'effet est de rétroagir, on entend un événement accessoire, incertain et futur, d'où l'on fait dépendre l'existence d'une obligation, dans la supposition toutefois que celle-ci puisse exister par elle-même. Or l'hypothèque, la fidéjussion, ne peuvent pas exister par elles-mêmes ; elles ne peuvent exister que par et en vertu d'une obligation principale. Celle-ci n'est donc pas à l'égard du cautionnement et de l'hypothèque un événement accessoire ; elle en est une condition essentielle. Donc il est naturel que l'hypothèque et le cautionnement n'aient des effets qu'à dater de l'existence de cette condition essentielle, qui vient seulement accomplir la validité de l'hypothèque ou de la fidéjussion même. Par ce motif, Gaius dit à la loi 11 Dig., *Qui potiores in pign.*, que lorsque je vous ai constitué hypothèque pour une somme que vous devez me prêter dans trois mois, et qu'en

attendant j'ai emprunté une somme à Pierre et que je lui ai consenti hypothèque sur le même objet, l'hypothèque de Pierre l'emporte sur la vôtre, qui n'a pu prendre date qu'à partir de la réalisation du prêt (obligation principale). Donc, si la fidéjussion, si l'hypothèque ne sont pas nulles pour avoir été consenties avant l'obligation principale, si elles peuvent avoir pour objet une obligation future, elles n'ont d'effet pourtant qu'à partir de l'existence de l'obligation principale.

La fidéjussion peut s'adjoindre à une obligation *ex delicto* lorsqu'elle est pécuniaire, aussi bien qu'à une obligation ayant toute autre cause (L. 8, § 5, et L. 56 Dig., De fidej.). Mais il faut remarquer qu'un tel cautionnement ne serait valable que s'il s'agissait d'un délit déjà consommé ; par conséquent, lorsqu'on cautionne un délinquant, l'obligation ne peut pas être future. La fidéjussion serait nulle si elle était donnée en vue de pénalités ou de réparations civiles que pourrait encourir le délinquant, car, donnée ainsi, elle ne serait qu'un encouragement au délit. En ce sens la loi 70, § 5 Dig., De fidej. dit : « *Maleficiorum fidejussorem accipi non posse.* »

La fidéjussion serait également valable si elle avait pour objet d'assurer quelqu'un contre un délit dont il serait menacé. On peut donc assurer le lésé, mais non pas le délinquant, contre les suites d'un délit futur. On peut aussi se constituer caution pour la condamnation pécuniaire que doit encourir un délinquant pour délit consommé.

La fidéjussion peut accéder à une obligation qui elle-même est accessoire, et dans ce cas l'obligation

accessoire cautionnée est considérée à l'égard du dernier cautionnement comme obligation principale. Celui qui se cautionne pour une caution, le certificateur de caution, ne doit donc pas être considéré comme cofidéjusseur de celui qu'il a garanti ; ce dernier est débiteur principal par rapport au certificateur ; donc il ne peut pas invoquer le bénéfice de division, et le certificateur peut à son égard se prévaloir du bénéfice de discussion (L. 27, § 8 ; L. L. 2 et 4, Dig., De fidej.). Nous parlerons de ces bénéfices dans le chapitre suivant.

Avec le fidéjusseur *succedaneus*, certificateur de caution, il ne faut pas confondre la caution que le débiteur principal donne à la caution même, afin de lui assurer le remboursement en vertu de l'action *mandati contraria* : celle-ci n'est pas caution de la caution, mais une nouvelle caution donnée par le débiteur pour une dette future, qui n'est tenue que du moment où la caution donnée au créancier aura dû payer pour lui (L. 4, Dig., De fidej.).

On peut se porter fidéjusseur pour une obligation non liquide, tout aussi bien que pour une obligation certaine et liquide. On peut cautionner toute créance qui peut être due généralement par une personne, et un tel cautionnement implique alors aussi les obligations que cette personne pourrait contracter ou avoir contractées comme fidéjusseur (L. 55, Dig., De fidej.).

Celui qui cautionne une dette non liquide, incertaine, est censé garantir le paiement de tout ce qui pourra être dû après l'apurement des comptes. Cela ne souffre aucun doute en ce qui concerne ceux qui

se portent fidéjusseurs de l'administration de la tutelle. De sorte que si le débiteur vient à mourir avant que la dette ait été liquidée, la caution ne sera pas moins tenue de ce qui sera dû après que les héritiers auront arrêté le compte avec les créanciers. Si la loi 122, § 4 Dig., De verb. oblig. décide que le fidéjusseur n'est pas tenu lorsque le débiteur est mort avant qu'il ait lui-même arrêté le compte, c'est que, dans l'espèce de cette loi, la caution ne s'était obligée que sous la condition expresse que le compte serait arrêté par le débiteur lui-même ; cela résulte en effet clairement des mots *si conditio non exstiteret*.

S'il ne peut pas y avoir fidéjussion là où il n'y a pas d'obligation principale, il en résulte que quand l'obligation principale est nulle *ipso jure*, la fidéjussion l'est aussi.

Voici quelques cas dans lesquels les textes appliquent cette règle générale.

Ne peuvent être cautionnés :

1° L'obligation contractée sous une condition impossible (L. 29 Dig., De fidej.) ;

2° La promesse des *operæ* faite par celui qui, se croyant affranchi, était réellement esclave (L. 56 Dig., eod. tit.) ;

3° Le *mutuum* ayant pour objet des espèces ou des quantités appartenant à autrui (L. 56, § 2 Dig., eod. tit.) ;

4° La vente frappée de nullité, ainsi que celle des *prædia* du pupille faite par le tuteur sans l'autorisation du magistrat (L. 46 Dig., eod. tit.) ;

5° L'obligation contractée par le déporté avant d'avoir subi la *media capitis deminutio*, et qui actuellement est éteinte (L. 47 Dig., eod. tit.).



§ II. — QUELLES PERSONNES PEUVENT SE PORTER FIDÉJUSSEURS ?

Pour pouvoir se porter fidéjusseur, il faut être capable de s'obliger.

En conséquence l'esclave, ne s'obligeant pas civilement *ex contractu*, ne peut être fidéjusseur. Le prêteur admit bien que l'esclave ayant un pécule pourrait en général obliger son maître jusqu'à concurrence de ce pécule, mais il ne put jamais l'obliger, même dans cette limite, au moyen d'une *intercessio*. C'est ce que nous dit Ulpien dans la loi 3, §§ 3 et 6 Dig., De pecul.).

Les pérégrins pouvaient être fidéjussenrs, la seule *sponsio* leur était interdite.

Certaines personnes, quoique parfaitement capables de s'obliger civilement, ne pouvaient se porter *intercessores*. Ce sont :

1° Les soldats, qui ne peuvent intercéder pour les adjudicataires des impôts, ni en général pour le fermier de l'Etat (L. 31, Code, De loc. et cond.).

2° Les prêtres, qui peuvent intercéder dans les causes publiques, et non dans les causes privées (Nov. cxxiii, cap. 6).

3° Les femmes, qui sont incapables de toute *intercessio* en général, en vertu du sénatus-consulte Velleien. Nous en parlerons dans notre chapitre cinquième.

4° Les fils de famille. — Arrêtons-nous un instant sur cette dernière incapacité. Un fils de famille est, en principe, aussi capable de contracter qu'un *paterfamilias* (L. 39 Dig., De oblig. et act.), mais sa faculté de s'engager pour autrui est limitée. Il peut intercéder jusqu'à concurrence du montant de ses pécules *castrans* et *quasi-castrans*, à l'égard desquels il est considéré comme un véritable chef de famille (L. 2 Dig., De scto. Maced.). On admettait aussi que l'action de *peculio* pouvait être donnée contre le père jusqu'à concurrence du pécule profectice.

Le sénatus-consulte Macédonien, rendu selon Tacite (Annales, xi, 13) sous Claude, suivant Suétone (Vita Vespasiani, 11) sous Vespasien, défendit de prêter de l'argent aux fils de famille ; s'il était contrevenu à cette disposition, le prêteur n'avait aucune action. Le fils de famille, qui ne pouvait emprunter, était-il également déchu du droit de cautionner la dette de l'emprunteur ? Cette question était controversée entre les jurisconsultes, nous dit Ulpien dans la loi 7, princ., Dig., De scto Maced.. Neratius et Celse croyaient que la fidéjussion du fils de famille était valable, Julien au contraire leur répond qu'il ne voit là qu'un prétexte pour éluder le sénatus-consulte, et il soutient que le débiteur et le

fil de famille fidéjusseur auront l'un et l'autre l'exception du Macédonien. En effet, dit-il, si le fils de famille eût contracté lui-même le prêt, le répondant par lui donné aurait eu, comme lui, l'exception. Ulpien semble adopter cette dernière opinion.

Dans le même texte, Julien donne une décision analogue au cas où le fils de famille aurait emprunté avec un tiers, et où on lui aurait remis la somme. Il fait remarquer que le créancier fait intervenir ici un second *reus* au lieu d'un fidéjusseur, parce que ce dernier lui aurait opposé l'exception tirée du sénatus-consulte. Il décide par suite que le *reus* ici aura l'exception comme le fils de famille, parce que les contractants n'ont eu pour but que d'éluder le Macédonien.

Si un fidéjusseur a garanti au créancier l'obligation du fils de famille, il a, lui aussi, l'exception du sénatus-consulte, à moins qu'il n'ait agi *animo donandi*. Mais si telle n'a pas été l'intention du fidéjusseur, et que celui-ci paie le créancier, ne peut-il pas exercer un recours contre le fils de famille ? Les principes généraux veulent qu'on ne le lui accorde qu'autant qu'il a été de bonne foi depuis le jour de son engagement jusqu'au jour du paiement, car, s'il connaissait l'exception, il ne devait pas payer (L. 29, princ., Dig., Mand.).



§ III. — DE L'OBJET ET DE L'ÉTENDUE DE LA
FIDÉJUSSION.

Il doit y avoir identité d'objet entre l'obligation du débiteur principal et celle du fidéjusseur. L'*adpromissor* qui promettrait *aliud* ne serait pas obligé. Ainsi, la dette principale ayant pour objet de l'argent, le fidéjusseur ne pourrait promettre du blé (L. 42 Dig., De fidej.). Javolénus décide au contraire que l'on pourrait garantir en argent une dette de blé, parce que, dit-il, l'argent peut servir d'estimation au blé, tandis que le blé ne peut servir d'estimation à l'argent.

Les jurisconsultes romains ne considéraient pas comme une fidéjussion *in aliam rem* celle qui aurait eu pour objet l'usufruit, alors que la dette principale avait pour objet le fonds dont l'usufruit n'est qu'une partie (L. 70, § 2 Dig., De fidej.).

La nécessité de l'identité entre l'objet de l'obligation principale et celui de la fidéjussion tenait à la formule même employée par le fidéjussenr : *Idem fidejubeo*. Ou pouvait échapper à la nécessité de cette identité au moyen du pacte de constitut dont nous parlerons plus loin.

Supposons maintenant qu'il y ait identité parfaite entre l'objet de l'obligation principale et celui de la fidéjussion. Le fidéjusseur sera-t-il toujours obligé dans des limites aussi étendues que celles de l'enga-

ment du *reus*? Pour résoudre cette question, il y a plusieurs distinctions à faire suivant les espèces.

La loi 56, § 2, Dig., De fidej. nous dit que le fidéjusseur, donné pour garantir un *mutuum* ayant pour objet des choses qui appartiennent à autrui, n'est pas lié tant que l'emprunteur n'a pas encore consommé les quantités qu'il a reçues. En effet, à partir du moment où il les a consommées, il naît à sa charge et à celle de son fidéjusseur une obligation de restituer.

La loi 58, princ., Dig., eod., tit., décide que le fidéjusseur, donné par le fermier au bailleur, garantit le paiement des fermages pour toute la durée du bail, et même l'estimation des objets qui garnissent le fonds. Il résulte de la loi 32, princ., Dig., De adm. et peric. tut. que le fidéjusseur du tuteur est tenu, vis-à-vis du pupille, *in id quanti interest*, pour défaut de représentation par le tuteur des inventaires ou autres actes pouvant intéresser le mineur.

La loi 8, § 3 Dig., De fidej., nous apprend que le fidéjusseur intervenu après la *litis contestatio*, et seulement pour garantir la présence du défendeur dans l'instance jusqu'à la fin, n'est pas tenu de l'action *judicati*. La loi 54 Dig., eod. tit. déclare que le fidéjusseur, intervenu pour assurer au créancier l'exercice de la *condictio certi* résultant d'un *mutuum*, n'est pas obligé de répondre à l'action *pignoratitia contraria* résultant du gage. C'est là une double application du principe que le fidéjusseur n'est tenu que dans les limites qu'il a lui-même entendu apposer à son engagement.

La caution n'est soumise aux obligations qui sont imposées au *reus* par l'office du juge que si elle s'est obligée *in omnem causam* (L. 8 Dig., De eo quod certo loco ; L. L. 53, princ. et 51 Dig., De fidej.).

Le fidéjusseur peut s'engager à fournir une partie de la chose promise par le débiteur principal L. 9 Dig., De fidej.).

Enfin le fidéjusseur peut s'obliger à payer au créancier tout ce que celui-ci ne pourra pas obtenir du débiteur. C'est ce qu'on appelle la *fidejussio indemnitis*.

Il arrive parfois en effet qu'un fidéjusseur, au lieu de promettre la totalité ou telle fraction déterminée de l'obligation principale, s'engage uniquement à payer au créancier ce qu'il ne pourra obtenir du débiteur. La formule sera, par exemple, celle-ci : « *Quanto minus a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes?* » Le fidéjusseur ne sait alors ni s'il devra, ni ce qu'il devra ; le créancier est certain seulement de ne rien perdre, puisque une indemnité le dédommagera, le cas échéant, de l'insolvabilité du *reus* (L. 150 Dig., De verb. sign. ; L. 2 Code, De fidej. tut.).

Les jurisconsultes romains ne semblent pas s'être toujours entendus sur la nature de la *fidejussio indemnitis*. Celse, dans la loi 42 Dig., De reb. cred., considérait l'obligation du *fidejussor indemnitis* comme pure et simple, et il en concluait à la possibilité d'une action immédiate contre lui. Papinien (L. 116 Dig., De verb. oblig.), et Paul (L. 21 Dig., De solut.) voyaient au contraire dans cette fidéjussion une obligation conditionnelle ; aussi

estimaient-ils que le fidéjusseur ne pouvait pas être poursuivi avant que l'insolvabilité du débiteur principal n'eût été démontrée au moyen d'une discussion préalable. Ce fut le dernier système qui prévalut dans le droit classique.

A la différence du fidéjusseur ordinaire, le *fidejussor indemnitis*, à l'époque classique, n'est pas libéré par l'action dirigée contre le débiteur principal.

Sous Justinien, la *litis contestatio* n'a plus d'effet extinctif, de sorte qu'il n'y a plus de distinction à faire sous ce rapport entre les deux espèces de fidéjusseurs.

Un fidéjusseur ordinaire ne peut pas repousser la demande du créancier, en excipant de ce que ce créancier a négligé de poursuivre le débiteur principal, et l'a ainsi laissé devenir insolvable ; car, étant parfaitement libre de choisir, entre le débiteur et le fidéjusseur, celui à qui il veut s'adresser, le créancier peut répondre au fidéjusseur que c'est précisément lui qu'il a eu dès le principe l'intention de poursuivre, et que partant il n'a pas eu à s'inquiéter de ce que devenait le débiteur principal. C'est ce que décide Scévola dans la loi 62 Dig., De fidej.

Il en est autrement du *fidejussor indemnitis*, comme nous le montre Modestin dans la loi 41 Dig., eod. tit. En effet, ce fidéjusseur n'est tenu envers le créancier que de l'indemniser du dommage que lui fait éprouver l'impossibilité de retirer du débiteur le montant de sa créance : or, le dommage que l'on éprouve par sa faute, par sa négligence à pour-

suivre le débiteur principal, n'est pas un vrai dommage dans le sens juridique du mot : *Damnum quod quis culpa sua sentit, sentire non videtur*.

Cette différence a été effacée par une autre innovation de l'empereur Justinien qui, dans sa Nouvelle iv, cap. 1, accorde à tout fidéjusseur le bénéfice de discussion. Tous les fidéjusseurs deviennent ainsi des *fidejussores indemnitis*.

Au temps de Justinien, il n'existe plus entre les deux fidéjussions qu'une seule différence, et encore des auteurs l'ont-ils contestée, qui consiste en ce que dans la *fidejussio indemnitis* seule le créancier est responsable des retards qu'il a mis à poursuivre le débiteur ; aussi doit-il supporter seul les risques de l'insolvabilité du *reus* survenue depuis l'échéance de la dette.

Voyons maintenant quelle est l'étendue de la fidéjussion.

En règle générale, et lorsque les parties ne sont point convenues du contraire, lorsqu'elles n'ont point limité la fidéjussion à une somme ou quantité moindre que celle de l'obligation principale, l'engagement de la caution est aussi étendu que celui du débiteur. Par conséquent elle répond aussi des dommages-intérêts, et de tout ce qui est un accessoire de l'obligation principale. Toutefois cette règle ne s'applique pas sans réserve aux obligations *stricti juris*, car elles ne sont pas susceptibles d'être majorées par des intérêts moratoires, et l'on y distingue, quand il s'agit de l'étendue du cautionnement, ce qui est dû *vi stipulationis*, de ce qui est dû *ex officio judicis*.

Il faut considérer successivement les obligations *bonæ fidei* et celles qui sont *stricti juris*, sans quoi on ne verrait que de la contradiction dans les textes qui touchent à cette question.

Lorsque je me porte fidéjusseur dans une obligation de bonne foi et que je ne restreins pas mon cautionnement, que je me porte fidéjusseur *in omnem causam*, je suis tenu du principal et des intérêts, tant des intérêts conventionnels que des intérêts moratoires.

Un fermier prend en location une terre ; je me porte fidéjusseur pour lui, sans restreindre mon cautionnement à une certaine somme ou à une partie des obligations du fermier, comme par exemple, à l'obligation de payer le fermage ; je me porte donc fidéjusseur *in omnem causam*, je suis tenu non seulement du prix du fermage, mais encore du chef des dégradations, de la perte des meubles et instruments qui ont garni la ferme, et que la loi 52, § 2 Dig., De fidej., appelle *dos prædiorum*, parce que les instruments sont à la ferme ce que la dot est au mariage ; je serai tenu aussi des intérêts moratoires du fermage, si le fermier a été constitué en demeure.

Mais si je me constitue fidéjusseur pour une certaine somme, par exemple à concurrence de 1000 seulement, je ne dois que les 1000, et non les intérêts moratoires à concurrence de 1000. Je me porte caution, dit la loi 68, § 1 Dig., De fidej., pour Aurélius, fermier de l'Etat, à concurrence de 1000 ; le fisc vend les biens d'Aurélius, et n'ayant pas été satisfait du prix, il assigne la caution ; celle-ci se défend, disant qu'elle ne s'est engagée qu'à concur-

rence de 1000; de là la question de savoir : 1° si la caution est tenue aussi des intérêts moratoires à concurrence de 1000; 2° si le prix des biens vendus par le fisc doit s'imputer d'abord sur le capital ou sur les intérêts moratoires.

La loi 68, § 1 répond : 1° la caution n'est tenue que de 1000; 2° le prix des biens vendus doit s'imputer d'abord sur les intérêts et non sur le capital, à l'exemple de ce qui arrive pour le créancier hypothécaire, qui a le droit d'imputer aussi le prix d'abord sur les intérêts, et ensuite sur le capital, de sorte que si ce prix n'a éteint que les intérêts, la caution doit toujours le capital (L. 35 Dig., De pigner act., L. 73 Dig., De solut; L. L. 96 § 3, et 97 Dig., eod. tit.).

De même que celui qui se porte fidéjusseur *in omnem causam*, sans restriction, d'une obligation née d'un contrat de bonne foi, est tenu et des intérêts moratoires, et en général de tous les accessoires de l'obligation, de même celui qui garantit la promesse que fait le tuteur *rem pupilli salvam fore*, est tenu de toutes les obligations que le pupille pourra poursuivre par l'action *tutelæ*, qui a pour objet un *incertum*, et qui est *bonæ fidei* (L. L. 9, 10, 11 Dig., Rem. pup.).

Pareillement, celui qui se porte caution pour l'héritier, afin d'assurer aux légataires à terme ou sous condition l'acquittement de leurs legs, est tenu non-seulement des legs, mais aussi des dommages-intérêts moratoires, car cette stipulation est prétorienne; comme la précédente, elle reçoit son interprétation, non pas selon la lettre, mais *ex mente prætoris*; elle

est assimilée au contrat de bonne foi (L. 52 Dig., De verb. oblig.). Du reste, elle est conçue dans une forme qui, à elle seule, donnerait au cautionnement cette extension, car ce fidéjusseur ne garantit pas ce que l'héritier doit au légataire, mais il cautionne *in terminis* ce qu'il devra, *quæ oportebit*, dit la loi 1, § 13 Dig., Ut leg. seu fideicom. En conséquence de cette formule, si, de deux héritiers, l'un a donné caution au légataire, et que par la répudiation ou le décès du cohéritier avant son acceptation, l'héritier qui a donné caution reste seul héritier, par conséquent seul chargé du paiement des dettes, la caution sera obligée aussi à raison de la totalité des dettes. Celui qui cautionne un cohéritier, cautionne un *incertum*, l'acceptation de l'hérédité est un événement indivisible, elle ne saurait avoir lieu pour partie, être restreinte à une quotité, car *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Le fidéjusseur qui intervient pour un héritier, étend éventuellement sa garantie à tous les legs qui peuvent grever la succession (L. 17 Dig., Ut leg. seu fideicom.).

Quand il s'agit d'obligations *stricti juris*, comme ces obligations, un seul cas excepté, ne sont susceptibles d'accroissement qu'en vertu de la stipulation même des parties, lorsque celles-ci ont fait une stipulation pénale qui fixe souvent à l'avance entre elles le montant des intérêts moratoires, il s'en suit qu'il ne saurait y être question d'intérêts moratoires arbitrés par le juge. Dans ces obligations on n'est tenu littéralement que de ce qu'on a promis, sans que l'*arbitrium* du juge puisse rien y changer (L. 31 Dig., De usur. et fruct.). Un seul cas est

excepté, c'est celui où on a promis de payer en un lieu déterminé : s'il n'eût pas été permis d'assigner le débiteur en un autre lieu, il serait arrivé, comme le dit la loi 1. Dig., De eo quod certo loco, que le créancier n'aurait obtenu aucune satisfaction, au cas où son débiteur aurait été récalcitrant, car dans l'ancienne procédure les assignations se donnaient verbalement en personne. C'est pourquoi le préteur introduisit l'action *arbitraria de eo quod certo loco*, par laquelle le stipulant pouvait assigner le débiteur en un autre lieu, sans perdre son droit; car, rigoureusement, dans l'ancien droit civil, on commettait une *pluspetitio* quand on l'assignait *alio loco*, et par conséquent le demandeur tombait hors de cause. Mais le préteur, pour que l'obligation eût sa sanction, permettait d'assigner *alio loco*, et l'action *stricti juris* prenait alors le nom d'action *arbitraria*; car, quoique la demande fût fondée sur le *strictum jus*, sur la stipulation, le juge pouvait et devait même avoir égard dans la condamnation, à ce que la chose, à l'endroit où elle était demandée, valait plus ou moins qu'à l'endroit où, d'après la stipulation, elle aurait dû être payée. Donc il y avait exceptionnellement lieu à un *arbitrium*. Par conséquent, si j'avais promis 1000 à Capoue, et que je fusse condamné à Rome, 1050 y valant autant que 1000 à Capoue, le juge, usant de l'*arbitrium*, me condamnerait à 1050.

De là est née la question de savoir si le fidéjusseur aussi est tenu d'un pareil accroissement de l'obligation, le seul accroissement dont l'obligation de droit strict soit susceptible en vertu de l'*arbitrium*.

A la loi 8 Dig., De eo quod certo loco, cette question est décidée négativement. La *mora* du débiteur, dit ce texte, ou son défaut d'avoir payé à Capoue, ne doit pas augmenter l'obligation de la caution, car il y a une grande différence entre la majoration du chef de la plus-value à Capoue, et les intérêts moratoires qui auraient pu être stipulés : ces intérêts seraient dus en vertu de la stipulation, la majoration l'est en vertu de l'*arbitrium judicis*. Il résulte donc de ce texte et de ce qui précède, que, lorsqu'une obligation *stricti juris* est cautionnée :

1° Il ne saurait être question d'intérêts moratoires arbitrés par le juge, car l'obligation de droit strict, sauf une exception, n'est pas susceptible d'un pareil accroissement.

2° En général, la caution n'est tenue que des augmentations conventionnelles de l'obligation principale, si elle a cautionné *in totam causam* (clause pénale), et par conséquent elle n'est pas tenue non plus de la majoration dont l'obligation principale pourrait être susceptible en vertu de l'action *arbitraria de eo quod certo loco*, car elle est fondée, non sur la stipulation, mais sur l'*arbitrium*, d'où la loi 10 Dig., De eo quod certo loco, tire encore cette conséquence, que si, dans le cas supposé, le débiteur avait payé 1000 à Rome, le demandeur qui les aurait acceptés, n'aurait plus d'action pour les 50, car les 50 ne sont pas dus par la stipulation, et de même que par le paiement des 1000 il n'y a plus de dette principale, de même il n'y a plus aucun fondement à l'action. Il en serait autrement si les 50 avaient été stipulés à l'avance pour dommages-

intérêts au cas où les 1000 ne seraient pas payés à Capoue.

Ainsi, en résumé, quant à l'extension dont l'obligation principale est susceptible du chef des dommages-intérêts résultant de la faute et de la *mora* du débiteur :

1° Dans les obligations *bonæ fidei*, le fidéjusseur en est tenu lorsqu'il n'a pas restreint son cautionnement, c'est-à-dire lorsqu'il a cautionné *in omnem causam*.

2° Dans les obligations *stricti juris*, le fidéjusseur même qui a cautionné *in omnem causam*, n'est tenu que de l'augmentation que reçoit l'obligation en vertu de la convention même des parties, de la stipulation, et non pas de l'augmentation *ex arbitrio judicis*, *arbitrium* qui d'ailleurs, excepté le cas où il y a *certus locus*, est étranger aux obligations de droit strict.

Que faut-il décider quant aux risques et périls, qui sont aussi une suite de la demeure, laquelle, comme disent nos textes, a pour effet de perpétuer l'obligation ?

Si, après la mise en demeure, à défaut de pouvoir livrer la chose, le débiteur doit l'estimation, il est évident qu'il ne s'agit pas ici d'augmentation de l'obligation principale ; par conséquent le fidéjusseur, dans toute espèce d'obligation, est responsable de cet effet de la demeure ; car celui qui ne garantirait pas l'estimation lorsqu'il se porte caution pour le paiement d'une *species*, ne donnerait qu'une garantie illusoire. C'est bien cette perpétuation de l'obligation, si l'on peut s'exprimer ainsi, que la

loi 24, § 1. Dig., De usur et fruct. a en vue, lorsqu'elle dit: « *cum reus moram facit et fidejussor tenetur*; » car, eu égard à l'augmentation dont l'obligation *stricti juris* serait susceptible en vertu de l'action *arbitraria*, la loi 8 Dig., De eo quod certo loco, dit que la demeure du débiteur n'augmente pas l'obligation de la caution.

Nous avons vu que la fidéjussion était nulle lorsque le fidéjusseur promettait autre chose que ce qui était dû principalement, nous avons examiné ensuite les divers accroissements dont ce contrat est susceptible; il nous reste à parler de la fidéjussion *in duriores causam*.

Le fidéjusseur pouvait s'engager à moins que le débiteur principal, promettre sous condition ou à terme ce qui était dû purement et simplement, mais dès qu'il promettait autre chose, ou qu'il s'obligeait *in duriores causam*, comme disent les Romains, la fidéjussion était frappée de nullité. Elle n'était pas réductible à la mesure de l'objet principal, mais elle était considérée comme non avenue pour le tout (Gaius, Com. III, § 126; Inst., lib. III, tit. 20, § 5). Or, il pouvait y avoir *durior causa* de plusieurs manières :

1° *Re*, si le fidéjusseur avait promis plus que ce qui était dû principalement (L. 8, § 7. Dig., De fidej.);

2° *Tempore*, s'il avait garanti purement et simplement un débiteur conditionnel, ou s'il avait contracté sous un terme plus rapproché (L. 8, § 7 Dig., eod tit.);

3° *Loco*, s'il s'était engagé à payer dans un lieu déterminé, tandis que le débiteur était tenu *sine ad-*

jectione loci, ou dans un lieu plus désavantageux que celui désigné dans l'obligation principale (l. 16, §§ 1 et 3 Dig., eod. tit.);

4° *Causa*, quand la fidéjussion avait privé le fidéjusseur d'un choix qui appartenait au débiteur principal (l. 8, §§ 8 et 9 Dig., eod. tit.) (Comp. Glück, xiii, p. 401).

Reprenons ces différentes hypothèses :

1° **Re.** — Le débiteur principal s'est engagé pour 10, le fidéjusseur promet 20, la fidéjussion est nulle.

La loi 35 Dig., De fidej. nous en donne un exemple remarquable. Elle nous apprend que celui qui se porte fidéjusseur de l'obligation naturelle contractée par un esclave, est tenu pour le tout; au contraire, celui qui cautionne l'obligation *de peculio* qui existe à la charge du maître, n'est tenu que jusqu'à concurrence du pécule.

Il n'en est pas de même dans le cas d'une obligation de 100, par exemple, à la charge de deux débiteurs corréaux. Le fidéjusseur peut parfaitement s'obliger pour 100 vis-à-vis du créancier, quand bien même il ne cautionnerait qu'un seul des *duo rei*, car ce codébiteur solidaire, quelle que soit la part qu'il devra par la suite supporter dans la dette, n'en est pas moins tenu à 100 vis-à-vis du créancier.

Quelques auteurs, et parmi eux Dumoulin, contestent que, lorsque le fidéjusseur s'est engagé à une somme plus forte que le débiteur principal, la fidéjussion serait nulle pour le tout; ils enseignent qu'elle est au moins valable à concurrence de la

somme de la dette cautionnée. Ils invoquent la règle : *utile per inutile non vitiatur*, — la loi 1, § 4 Dig., De verb. oblig., où il est dit que si je stipule 10 et que l'on promette 20, la stipulation est valable à concurrence de 10, — la loi 33 Dig., Mand., qui accorde l'action *mandati* à celui qui s'est porté caution pour une somme plus forte que celle pour laquelle il avait reçu mandat; — enfin les lois 11, §§ 1 et 12 Dig.; De pecun. const., qui déclarent valable, à concurrence de la somme due principalement, le *constitutum debiti alieni*, lorsque le constituant s'est engagé à plus que le débiteur principal. Enfin ils traduisent les mots *omnino non obligari* de la loi 8, § 7 Dig., De fidej., comme s'ils signifiaient *in solidum non obligari*, c'est-à-dire non pas que la caution n'est pas obligée du tout, mais qu'elle n'est pas obligée pour le tout (Voyez Voet ad Pand. XLVI, 1, n^o 4).

L'argument tiré du constitut n'a aucun fondement. Nous montrerons en effet plus loin que le constitut suit des règles tout autres que la fidéjussion, celle-ci appartenant au *strictum jus*, tandis que le constitut est soumis au *jus gentium*. Vouloir s'obliger comme un tiers, et à plus que ne l'est ce tiers, sont deux intentions contradictoires qui annulent la fidéjussion : en vain voudra-t-on recourir à l'intention présumée du fidéjusseur, et supposer qu'il a voulu s'obliger pour la moindre des deux sommes; on oublie que, dès que les parties stipulent, aucune volonté présumée ne saurait être invoquée; stipulation et volonté présumée sont choses tout-à-fait contradictoires et inconciliables. C'est

par ce motif qu'en droit romain la stipulation irrégulière dans sa forme n'a pas même les effets du pacte, elle n'engendre pas même une obligation naturelle, elle est complètement nulle.

D'autre part, si au lieu de traduire les mots *omnino non obligari* de la loi 8, § 7 précitée, par : les cautions ne sont pas obligées du tout, — il fallait dire : ne sont pas obligées pour le tout, Ulpien se serait, il faut l'avouer, exprimé d'une manière très incorrecte. En effet, il parle en général, dans cette loi, des cas où la caution a pris un engagement plus onéreux que le débiteur principal. Or on peut, comme nous venons de le voir, s'engager *in duriorum causam* de plusieurs manières : *tempore*, *loco*, *causa*, etc. Or, si *omnino non* veut dire *non in solidum*, comment ces expressions peuvent-elles s'appliquer au cas où la fidéjussion est plus onéreuse à raison du temps, du lieu, ou de la *causa*? S'expliquerait-on que cet Ulpien, que l'on cite à juste titre comme un modèle de clarté et d'exactitude, eût pu exprimer sa pensée dans un langage aussi obscur? Ne faut-il pas, au contraire, conclure de ce que les lois 8, §§ 9 et 10, et 70 Dig., De fidej. démontrent que la caution qui a promis plus *tempore* ou *causa*, n'est pas obligée du tout, qu'il ne peut en être autrement de celle qui promet plus eu égard à la quantité?

En vain opposerait-on que la loi 1, § 4 Dig., De verb. oblig., dit que si je stipule 10 et que vous promettiez 20, vous êtes obligé à payer 10. Il peut uniquement en résulter que, si la dette principale est de 10, et que le créancier stipule 10 de la caution,

tandis que celle-ci promet 20, la stipulation sur le cautionnement ne comprendra réellement que 10, ce que nous admettons. Mais ce n'est point là le cas qui nous occupe.

Enfin, quant à la loi 33 Dig., Mand., qu'on a également invoquée, il en résulte bien que le fidéjusseur qui a cautionné pour 1000, tandis que le débiteur principal lui avait donné mandat de se porter garant pour 500, a l'action *mandati* pour répéter 500, par ce qu'en effet il a exécuté le mandat, car qui se porte fidéjusseur pour 1000, cautionne aussi pour 500. Mais c'est là une tout autre question que celle de savoir si ce même fidéjusseur est obligé envers le créancier; cette dernière question n'est pas même effleurée à la loi 33, de sorte que cette loi, pas plus que les autres textes que nous venons d'examiner, ne nous paraît en opposition avec le principe que, si le fidéjusseur a promis plus que le débiteur principal, la fidéjussion est nulle.

2° Tempore. — Gaius, dans la loi 70, princ. Dig., De fidej., dit qu'il y a *durior causa* lorsque, le *reus* étant obligé sous une seule condition, le fidéjusseur s'est engagé sous la même et de plus sous une autre. Le fidéjusseur, dans ce cas, a promis plus que le débiteur principal, parce qu'il se trouve soumis à l'arrivée de deux conditions, tandis que le débiteur principal n'est menacé que de l'accomplissement d'une seule.

Toutefois le jurisconsulte, au sujet de cette espèce, reconnaît qu'on pourrait procéder de deux manières, ou bien déclarer nulle tout de suite la fidéjussion, ou bien attendre pour voir laquelle des

deux conditions s'accomplira la première, et dans le cas où ce serait la condition commune, déclarer la fidéjussion valable. Il semble que cette manière de voir n'est guère en harmonie avec la décision d'Ulpien dans la loi 8, et il est probable que la question était controversée entre les jurisconsultes romains.

Gaius ne voit au contraire pas de *durior causa* dans le cas où, le *reus* ne s'étant toujours obligé que sous une seule condition, le fidéjusseur s'est obligé, lui, sous deux conditions, mais ces deux conditions étant conjointes (*si modo eas conjungam*). Cette solution est évidemment exacte, c'est là une situation au contraire moins onéreuse pour la caution, car, avant de la dire définitivement obligée, il faudra attendre l'accomplissement des deux conditions.

Dans le paragraphe premier de notre loi, on suppose le débiteur principal et le fidéjusseur obligés l'un et l'autre, sous une condition unique, mais sous une condition différente. Il faudra attendre, dit Gaius, avant de se prononcer : si c'est la condition du débiteur qui s'accomplit la première, alors le débiteur est considéré comme s'étant obligé purement et simplement, et le fidéjusseur comme s'étant engagé sous condition ; par suite la fidéjussion est valable. Si, au contraire, la condition du fidéjusseur se réalise d'abord, on regarde la caution comme s'étant obligée purement et simplement vis-à-vis du débiteur pour une dette conditionnelle, ce qui rend la fidéjussion nulle.

La caution ne peut s'engager purement et simplement lorsque l'obligation du débiteur principal est à

terme. De même elle ne peut pas s'obliger à un terme plus rapproché que le *reus*. Supposons que l'obligation principale soit à terme et la fidéjussion conditionnelle, y a-t-il *durior causa* ? Julien, dans la loi 16, § 5 Dig., De fidej., dit qu'ici encore il faut attendre. Si le terme vient à échoir avant l'accomplissement de la condition, l'obligation est pure et simple, et la fidéjussion conditionnelle, ce qui est parfaitement licite. La condition se réalise-t-elle au contraire avant l'expiration du terme, nous sommes alors en présence d'une fidéjussion pure et simple garantissant une dette à terme ; par suite la fidéjussion est nulle.

3° **Loco.** — La loi 49, § 2 Dig., à notre titre, s'occupe de la combinaison du lieu et du terme. Ce texte examine le cas suivant : Un fidéjusseur, à Rome, a promis qu'il paierait à Capoue, si le lieu assigné pour le paiement au débiteur principal, habitant lui-même Rome, était Capoue. Le créancier pourra-t-il poursuivre immédiatement la caution ? Papinien décide que le fidéjusseur ne peut pas être poursuivi immédiatement, parce que le débiteur principal ne peut pas l'être avant l'expiration du délai nécessaire pour se rendre à Capoue. Ainsi, dans l'espèce, la fidéjussion est valable, du moment où le fidéjusseur sera traité comme le débiteur.

4° **Causa.** — La loi 8, § 8, Dig., De fidej. nous présente l'hypothèse suivante : Si le *reus* s'oblige purement et simplement, et le fidéjusseur sous une alternative, Marcellus, partant de cette idée que le fidéjusseur peut payer autre chose que le *reus*, le

considère comme obligé *in aliam rem*, et déclare par suite la fidéjussion nulle. Julien adopte la même solution, mais basée sur un autre motif; il y a *durior causa*, selon lui, car le *reus* peut être libéré par la perte fortuite de la chose unique qu'il doit, tandis que cette perte ne libérerait pas le fidéjusseur. Il est à remarquer que le motif émis par Julien n'est fondé que lorsque l'obligation a pour objet un corps certain. Qu'arrivera-t-il, en effet, s'il s'agit d'un genre? Julien devra valider la fidéjussion, et Marcellus continuera de la déclarer nulle comme portant *in aliam rem*. De plus, lorsque l'obligation alternative est moins onéreuse pour le fidéjusseur que pour le débiteur principal, et qu'il y a par suite *benignior* au lieu de *durior causa*, Marcellus continuera de déclarer nulle la fidéjussion, parce que l'objet du cautionnement n'est pas identique à celui de l'obligation principale; Julien devra décider que la fidéjussion est valable. Ainsi les mêmes motifs, qui mettent d'accord les jurisconsultes lorsqu'il s'agit de corps certains, doivent, en présence d'un genre, les conduire à des solutions contraires.

D'après Ulpien, le même Julien déclarait encore nulle, comme contractée *in duriores causas*, la fidéjussion intervenue sous la même alternative que l'obligation principale, mais au choix du créancier, tandis que l'alternative de l'obligation principale est laissée au choix du *reus*.

Supposons le *reus* obligé sous une alternative à son choix, le fidéjusseur s'oblige sous la même alternative et aussi à son choix. Marcellus voit encore là une fidéjussion *in aliam rem* et par suite

nulle, à cause de la faculté laissée à la caution de choisir une autre chose que celle que voudrait choisir le débiteur (L. 38, Dig., De fidej.)

La loi 34 Dig., eod. tit. nous apprend que lorsque la stipulation principale contient un *adjectus solutionis gratia*, et que la fidéjussion n'en renferme pas, la fidéjussion est nulle, car la caution est obligée *in durio rem causam*. Paul dit que Julien basait sa décision sur ce fait que le *reus* peut se libérer entre les mains de deux personnes, tandis que le fidéjusseur ne peut s'adresser qu'au créancier.

Cette loi nous cite encore une autre hypothèse : si le débiteur promet Stichus ou Pamphile, tandis que la caution ne s'oblige que pour Stichus, la fidéjussion est-elle valable ? On pourrait croire qu'elle est nulle, parce que le débiteur aurait un choix que n'aurait pas la caution, et que partant l'obligation de la caution serait plus onéreuse que la dette principale ; mais sous le rapport des risques et périls, l'obligation de la caution est beaucoup moins onéreuse, car si Stichus périt, le fidéjusseur sera libéré, tandis que le *reus* demeurera obligé. C'est pourquoi le cautionnement est valable en ce cas, tandis qu'il serait nul si l'on supposait le débiteur principal obligé à donner Stichus, et la caution obligée à donner Stichus ou Pamphile.

Si le débiteur avait promis Stichus et Pamphile conjointement, et que le fidéjusseur les eût promis alternativement, le cautionnement serait-il valable ? Il faut répondre affirmativement, d'abord parce que le cautionnement ne sera pas pour le fidéjusseur plus onéreux que l'obligation principale, et ensuite

parce que, soit que la caution donne Stichus, soit qu'elle donne Pamphile, elle ne donnera rien, elle ne sera obligée à rien qui ne soit dû par le débiteur (L. 8, § 11 Dig., De fidej.)



CHAPITRE III

Des Effets de la Fidéjussion.

La fidéjussion produit des effets : 1^o entre le fidéjusseur et le créancier ; 2^o entre cofidéjusseurs, lorsque plusieurs personnes ont garanti l'exécution de l'engagement du débiteur ; 3^o entre le fidéjusseur et le débiteur principal. Nous examinerons ces effets en traitant des bénéfices dont jouissent les cautions, savoir : les bénéfices de discussion, de division et de cession d'actions, suivant ainsi l'ordre logique qui est l'inverse de l'ordre chronologique.



§ I. — DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION.

Avant Justinien, le créancier pouvait à son choix poursuivre le fidéjusseur ou le débiteur principal, à moins qu'il n'eût été expressément stipulé que la caution ne serait poursuivie que subsidiairement

(*fidejussor indemnitas*). Pour remédier à cette situation rigoureuse, les Romains recouraient encore à un autre expédient, qui était le mandat dans l'intérêt du mandant et du mandataire.

Voici ce qu'il faut supposer : le créancier manifeste l'intention de poursuivre le fidéjusseur : peut-être même est-il déjà devant le prêteur, mais il n'a pas encore obtenu la formule : il a donc conservé toutes ses actions, tant contre le débiteur que contre la caution. Celle-ci, qui n'a pas en sa possession les fonds nécessaires pour payer la dette, demande au créancier d'agir contre le débiteur principal. — Mais, objecte le créancier, si j'actionne le débiteur principal, la poursuite dirigée contre lui va vous libérer ; la solvabilité du *reus* est douteuse, tandis que je suis certain de la vôtre. — Qu'à cela ne tienne ! répond le fidéjusseur, je vous donne mandat de poursuivre à mes risques et périls le débiteur principal : obtenez de lui le plus que vous pourrez, et, si vous n'êtes pas complètement désintéressé, alors vous vous retournerez contre moi, non pas par l'action *ex stipulatu*, laquelle aura été éteinte par la *litis contestatio* contre le débiteur, mais par l'action *mandati contraria*.

Le créancier aurait eu mauvaise grâce à ne pas accepter cette proposition : elle lui était au contraire très avantageuse. En effet, il avait bien contre le débiteur principal et contre le fidéjusseur une double action *ex stipulatu*, mais après avoir agi contre la caution, il ne pouvait plus agir contre le *reus*, et réciproquement, après avoir poursuivi le *reus*, il ne pouvait plus se retourner contre la caution. Avec le

mandat dont nous parlons, au contraire, il conserve action à la fois et contre le débiteur et contre le fidéjusseur, et ces deux actions pourront d'autant plus lui servir, qu'il est très possible que le *reus* et la caution réunis aient un actif suffisant pour le désintéresser, tandis qu'aucun des deux, abandonné à ses propres ressources, n'eût pu peut-être y parvenir.

Ce mandat, très utile, on le voit, au mandataire, n'était pas moins avantageux pour le mandant fidéjusseur, car il y trouvait le moyen de se soustraire, au moins momentanément, à la poursuite, et de ne pas faire une avance de fonds, avance dans laquelle il eût eu peut-être de la peine à rentrer en poursuivant le débiteur.

Depuis Dioclétien, les cautions engagées pour les débiteurs du fisc, pouvaient repousser provisoirement l'action intentée contre eux par les agents de celui-ci, en les obligeant à poursuivre d'abord le débiteur principal, sauf à revenir ensuite contre elles si l'actif de ce dernier était insuffisant pour parfaire le paiement (L. 4 Code, Quando fiscus).

Justinien, par sa Novelle iv, rendue l'an 535, accorda à tous les fidéjusseurs la faculté réservée avant lui aux seules cautions des débiteurs du fisc. C'est ce qu'on a appelé le bénéfice d'ordre ou de discussion.

S'il fallait en croire la préface de cette Novelle, le *beneficium excussionis* ne serait pas une institution nouvelle, mais la résurrection d'un très ancien usage tombé plus tard en désuétude. Tel n'est pas l'avis de la plupart des interprètes. Cependant Cujas croit que l'*antiqua lex* dont parle l'empereur byzantin

est une disposition de la loi des Douze-Tables: MM. Ponsot et Troplong ont soutenu que le bénéfice de discussion avait existé à Rome jusqu'au règne d'Alexandre Sévère. Ces opinions sont absolument invraisemblables, une disposition aussi importante aurait laissé dans les textes des jurisconsultes de l'époque classique des traces que l'on y chercherait en vain.

La Novelle de Justinien introduisant dans la législation le bénéfice de discussion, suppose toujours un seul débiteur pour lequel est intervenu un fidéjusseur. Que décider si deux débiteurs corréaux ont été cautionnés par un seul fidéjusseur? Celui-ci peut-il renvoyer le créancier à discuter les deux débiteurs?

Il faut distinguer: si le fidéjusseur a cautionné les deux *correi*, il est certain qu'il peut renvoyer le créancier à les discuter tous deux.

Que décider s'il n'en a cautionné qu'un? La question a soulevé une vive controverse. Pothier (Traité des obligations n° 413), soutient que le fidéjusseur peut obliger le créancier à discuter le débiteur qu'il n'a pas cautionné, et il en donne les raisons suivantes. La première, c'est que « il est équitable qu'une » dette, autant que faire se peut, soit payée plutôt » par ceux qui en sont les véritables débiteurs, que » par ceux qui en sont débiteurs pour autrui. » La seconde, c'est que « l'obligation de tous les débiteurs » solidaires n'étant qu'une même obligation, en accédant à l'obligation de celui pour qui il s'est rendu » caution, le fidéjusseur a accédé à celle de tous. »

Nous préférons l'opinion contraire de M. Deman-

geat (De duobus reis, p. 137), qui semble plus conforme aux principes. Le savant jurisconsulte trouve le premier motif allégué par Pothier excellent dans le for intérieur, mais ne pouvant obliger civilement le créancier.

La seconde raison invoquée par Pothier ne nous semble pas concluante. En effet, il y a des différences très sensibles entre le cas où un fidéjusseur n'a cautionné qu'un des *rei* et le cas où il les a cautionnés tous, et le choix de l'une ou de l'autre situation est pour le créancier de la plus haute importance. C'est ce qui ressort clairement des textes suivants. Dans la loi 21, § 4 Dig., De fidej., Africain suppose que le créancier est devenu l'héritier d'un des *correï*; il peut poursuivre l'autre *correus* pour la totalité, si aucune société n'existait entre les deux *correï*, pour la moitié seulement dans le cas contraire. Or le fidéjusseur, s'il a cautionné les deux codébiteurs, restera tenu vis-à-vis du créancier de la même somme que le débiteur survivant. Si, au contraire, il n'avait cautionné que le *correus* dont le créancier est devenu l'unique héritier, il est de toute évidence qu'il serait libéré (M. Demangeat, p. 122).

La loi 10 Dig., De duobus reis, dit que lorsque deux *rei promittendi* ne se sont pas associés, la circonstance que le créancier devient débiteur de l'un d'eux pourra être invoquée par celui dont le créancier devient ainsi débiteur, mais ne pourra l'être par l'autre *correus*. Supposons que dans cette espèce soit intervenu un fidéjusseur : la loi 9 Code, De compens., nous apprend que ce fidéjusseur peut invoquer, contre la poursuite du créancier, la compensa-

tion non-seulement de son chef, mais encore du chef du débiteur principal. C'est là une application de la maxime : *Non plus in accessione potest esse quam in principali re*. Si donc notre fidéjusseur n'a cautionné que celui des codébiteurs qui est devenu créancier du créancier, l'action du créancier commun contre ce fidéjusseur sera vaine, puisque le fidéjusseur lui opposera la compensation du chef du débiteur principal par lui cautionné. Mais si le fidéjusseur est intervenu pour les deux *correi*, comme le créancier commun peut poursuivre *in solidum* le débiteur dont lui-même n'est pas devenu débiteur, il pourra également poursuivre *in solidum* le fidéjusseur.

Bien plus, le fidéjusseur lui-même pourra, après avoir cautionné les deux *rei*, se trouver dans une situation plus avantageuse que s'il n'en eût cautionné qu'un seul. En effet, supposons que le créancier ait intenté son action contre le fidéjusseur, au lieu de la diriger contre l'un ou l'autre des *correi* : si le fidéjusseur n'est intervenu que pour un seul des *correi*, c'est contre ce seul *correus* qu'il pourra intenter soit l'action *mandati*, soit l'action *negotiorum gestorum*, soit enfin les propres actions du créancier, pour le cas où il aurait invoqué le bénéfice de cession d'actions. Au contraire, si le fidéjusseur a garanti les deux *correi*, il a contre l'un ou l'autre, à son choix, ces différentes actions *in solidum*.

Le bénéfice de discussion est subordonné aux conditions suivantes :

1^o Il faut que le débiteur soit présent, ou au moins qu'il ait laissé un *procurator* qui le représente. Quand le débiteur est absent, le fidéjusseur doit s'engager

à procurer sa comparution dans un délai marqué par le juge, sous peine de subir lui-même l'action (Nov. iv, cap. i).

2° Il faut que le débiteur ne soit pas notoirement insolvable, comme il arriverait par exemple s'il avait fait cession de biens. Si le débiteur était tombé en déconfiture, la caution ne pourrait pas renvoyer le créancier à discuter la masse, car la caution ne répond pas seulement de l'obligation en soi, elle assure aussi que le paiement aura lieu dans les termes convenus ; or la faillite entraîne des délais nécessaires. C'est pourquoi les auteurs enseignent que, pour que le bénéfice d'ordre ait lieu, il faut que le débiteur principal puisse être poursuivi avec la même facilité et le même résultat que la caution.

3° Le bénéfice de discussion ne peut pas être invoqué lorsque le fidéjusseur y a renoncé. Il est censé l'avoir fait tacitement, lorsqu'il s'est obligé en même temps comme débiteur solidaire, car ce bénéfice ne se conçoit pas entre débiteurs qui sont principalement obligés.

Si la caution, devenue créancière du créancier auprès duquel elle est intervenue, actionne ce créancier, et que celui-ci oppose la compensation, la caution ne pourra pas répliquer par le *beneficium ordinis*, car d'abord ce bénéfice n'éteint aucune-ment l'obligation du fidéjusseur, et ne la rend pas non plus conditionnelle ; en effet, si celui-ci paie sans opposer le bénéfice, il ne pourra pas répéter le paiement par la *condictio indebiti* ; il ressemble au débiteur qui avait une exception dilatoire, qui avait

un terme, et qui a payé avant terme. De plus, ce bénéfice est de stricte interprétation ; la Nouvelle ne l'accorde qu'aux cautions assignées avant que les biens du débiteur principal aient été discutés ; or, dans notre espèce, ce n'est pas le créancier qui assigne la caution, c'est celle-ci qui assigne le créancier. Ce dernier, dans notre hypothèse, ne fait que se défendre par voie de rétention, et les lois sont toujours plus favorables à celui qui se défend qu'à celui qui agit.

Le bénéfice de discussion ayant le caractère d'une exception dilatoire, puisque, après les poursuites dirigées contre le débiteur, celles qui ont été intentées contre le fidéjusseur peuvent être reprises, il s'ensuit que généralement cette exception doit être opposée, non pas avant les défenses qui concernent le cautionnement même, mais avant les défenses qui concernent la dette principale. S'il en était autrement, le créancier pourrait être exposé à trop de frais et de délais. De plus, si une première fois déjà la caution avait opposé au créancier le bénéfice d'ordre, que les biens du débiteur eussent été discutés sans que le créancier eût été entièrement désintéressé, et que l'action eût été reprise contre la caution ; si, durant cette seconde instance, la fortune du débiteur venait à se rétablir, la caution ne pourrait plus une seconde fois, excipant du *beneficium ordinis*, renvoyer le créancier au débiteur principal. Mais, si la fortune du débiteur avait été rétablie entre une première discussion et avant la reprise de l'instance contre la caution, celle-ci pourrait encore exciper du bénéfice de discussion

avant de contester au fond, puisqu'il serait toujours vrai de dire que les biens du débiteur n'auraient pas été discutés (Comp. Voet ad Pand., XLVI, I, n° 15).

Le bénéfice de discussion, même après la Nouvelle IV, ne fut pas applicable aux *argentarii* ou banquiers, qui ne pouvaient s'en prévaloir. De là des doléances des banquiers à l'empereur, le priant de les faire rentrer dans le droit commun, ou bien de leur accorder le droit de poursuivre les fidéjusseurs de leurs débiteurs sans être obligés à la discussion préalable de ces derniers.

Par la Nouvelle CXXXVI, rendue en 541, Justinien n'autorisa pas les banquiers à poursuivre indifféremment leurs débiteurs ou les cautions de ceux-ci ; il leur permit seulement de faire avec les fidéjusseurs des pactes par lesquels ces derniers renonçaient au bénéfice de discussion.

Cette faveur faite aux banquiers devint ensuite la règle générale, et c'est elle qui a inspiré les clauses si nombreuses de renonciation au bénéfice de discussion, que nous retrouverons plus loin dans notre ancien droit français et notre législation actuelle.



§ II. — DU BÉNÉFICE DE DIVISION.

Le bénéfice de discussion est un moyen que l'équité a fait introduire pour alléger la position du fidéjusseur vis-à-vis du débiteur principal, sans que le créancier soit réellement lésé dans ses droits. Le bénéfice de division tend à partager d'une manière égale la charge qui incombe à plusieurs cautions d'un même débiteur qui, en intervenant, se sont obligées solidairement.

Quels sont les effets, quelle est l'étendue du bénéfice de division ? — Ce bénéfice est-il réservé seulement aux cofidéjusseurs, ou bien d'autres débiteurs solidaires peuvent-ils l'invoquer aussi ? — Ce sont là toutes questions que fait naître la Novelle xcix, et dont la solution ne peut résulter que de la comparaison de cette Novelle avec un rescrit d'Adrien, et même avec la loi *Furia, de sponsu*; car c'est dans ces lois que la Novelle trouve ses précédents historiques.

Nous avons vu que d'après la loi *Furia*, l'obligation de plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores* se divisait en autant de parts qu'il y avait de garants solvables au moment de l'échéance. La division avait lieu de plein droit, si bien que celui des *sponsores* qui avait payé au delà de sa part virile, pouvait répéter cet excédant. Cette loi n'était en vigueur que dans l'Italie. Dans les provinces, chaque caution devait payer le tout, mais, en vertu de la loi

Apuleia, elle avait un recours contre les autres cautions (Gaius, Com. III, § 121, et Com. IV, § 22).

Sous Adrien, un bénéfice d'une nature analogue fut introduit en faveur des cofidéjusseurs en général, bénéfice qui différait cependant en plusieurs points de celui qu'avait établi la loi *Furia* en faveur des *sponsores* ou *fidepromissores*.

D'après la loi *Furia*, la division se faisait de plein droit, et le *sponsor* qui avait payé le tout, avait un droit de réduction, comme nous venons de le rappeler. D'après le rescrit d'Adrien, la division ne s'obtenait que par forme d'exception, elle ne pouvait être invoquée que par rapport aux cofidéjusseurs solvables et présents au moment de la *litis contestatio*. De plus, le fidéjusseur qui avait omis l'exception de division et qui avait payé le tout, n'avait pas de répétition contre le créancier, il ne pouvait pas non plus exercer de recours contre ses cofidéjusseurs, s'il ne s'était fait céder les actions du créancier (Gaius, Com. III, §§ 121-123, et Com. IV, § 24. — L. L. 26, 27, 28, 39 Dig., De fidej., L. 11 Code, De fidej.).

Suivant le rescrit d'Adrien, la caution qui avait invoqué le bénéfice de division, ne répondait plus de l'insolvabilité de ses coobligés. Cette insolvabilité, lorsqu'elle était survenue après la *litis contestatio*, devait être supportée par le créancier, car avant la loi 28 Code, De fidej., la *litis contestatio* avait pour effet d'opérer novation ; ainsi, lorsque le bénéfice de division avait été invoqué et admis, la dette, de solidaire qu'elle était, se trouvait convertie en dette *pro parte*, et divisée entre tous les cofidéjusseurs dont la solvabilité était démontrée (L. L. 51, § 4, et

52, § 1 Dig., De fidej.), Mais par la loi 28 Code, De fidej., cet effet de la *litis contestatio* fut aboli, et à l'égard des fidéjusseurs, des *mandatores* et de tous débiteurs solidaires fut établie la règle que la *litis contestatio* avec l'un ne libérait pas les autres, que le paiement seul les libérait.

Tel était l'état de la législation avant la Nouvelle xcix.

Par cette Nouvelle, Justinien n'a-t-il voulu qu'étendre à d'autres débiteurs solidaires le bénéfice introduit par Adrien au bénéfice des cofidéjusseurs ? Ou bien a-t-il voulu aussi poser ce bénéfice sur des bases nouvelles, et abolir les dispositions précédentes ?

De Schroeter a prétendu que Justinien avait introduit un bénéfice nouveau ; il en conclut, entre autres, que, comme le bénéfice de division est fondé sur l'équité et touche au fond, celui qui a négligé d'y recourir, par erreur, a la *condictio indebiti* contre le créancier. En effet, s'il était permis de faire abstraction du rescrit d'Adrien, il faudrait admettre cette conséquence, conforme d'ailleurs aux principes généraux du droit. Mais nous ne pensons pas que Justinien ait voulu établir le bénéfice de division sur des bases nouvelles ; cela ne résulte de la Nouvelle xcix ni implicitement, ni explicitement. L'opinion commune des auteurs doit encore prévaloir.

Reste la question de savoir à quels débiteurs solidaires Justinien a voulu étendre le bénéfice qu'Adrien avait accordé aux fidéjusseurs.

Les uns prétendent que le bénéfice de division n'a été étendu par ce prince qu'à plusieurs cautions

d'un même débiteur, qui en même temps se seraient portées cautions les unes des autres, et à qui l'ancien droit n'avait pas accordé le bénéfice de discussion (L. 11 Dig., De duobus reis). On se fonde sur les mots de la Novelle : « *Si quis alterna fidejussione* » *obligatos sumat aliquos.* » Mais nous répondrons avec Cujas, que par ces mots on a désigné en général aussi les débiteurs principaux solidaires ; et en effet ils répondent les uns pour les autres ; de sorte que d'après cela, le bénéfice de division s'étend aussi aux débiteurs principaux solidaires.

Mais il y a encore diversité d'opinions sur la question de savoir s'il s'étend à tous les débiteurs solidaires. Généralement on s'accorde à ne pas l'étendre à la solidarité résultant d'un délit ; en effet, ni les termes, ni l'esprit de la Novelle ne sauraient justifier une telle extension. Selon les termes, il faudrait restreindre le bénéfice à la solidarité qui résulte de la convention ; mais cependant, selon son esprit, nous croyons, avec plusieurs auteurs, qu'il faut l'étendre aussi à la solidarité résultant du testament, de sorte que, d'après la Novelle xcix, le bénéfice de division est une exception moyennant laquelle le fidéjusseur qui a des cofidéjusseurs, et en général tout débiteur solidaire, excepté le cas de solidarité résultant d'un délit, peut demander que le créancier divise son action contre les cofidéjusseurs présents et solvables.

L'omission de cette exception, alors même qu'elle serait le résultat de l'erreur, ne donne pas lieu à la *condictio indebiti*, suivant les dispositions précitées du rescrit d'Adrien. Mais comme l'exception de

division n'a pas un effet dilatoire, que par rapport au débiteur elle tend à diminuer la dette, elle pourra, comme toute exception qui touche au fond de la demande, être opposée en tout état de cause, jusqu'à ce que le jugement soit passé en force de chose jugée. A l'appui de cette manière de voir on peut citer des autorités considérables, entre autres Doneau, Brünemann, Vinnius et Pothier. De plus, l'instance engagée avec les codébiteurs ou cofidéjusseurs présents, ne libère pas ceux-ci, si durant cette instance il y en a qui deviennent insolvable. En vertu de la loi 28 Code, De fidej., la *litis contestatio* ne saurait avoir des effets nuisibles au créancier.

Nous verrons plus loin que le Code civil a consacré l'opinion des interprètes qui ont restreint le bénéfice de division aux cautions (Art. 1283 et 2026).

Remarquons que d'après le Code civil, et d'après l'opinion des interprètes du droit romain qui n'ont pas combiné le rescrit d'Adrien avec la loi 28 Code, De fidej., l'insolvabilité du cofidéjusseur qui survient après la *litis contestatio*, demeure aux risques du créancier, de sorte que la *litis contestatio* peut quelquefois avoir un effet préjudiciable au créancier.

Pour qu'il y ait lieu au bénéfice de division, il importe peu que les cofidéjusseurs se soient obligés en même temps ou à des époques différentes ; il importe peu aussi que l'un se soit obligé purement et simplement, et l'autre à terme ou sous condition ; la loi ne fait pas de distinction ; la caution obligée purement et simplement pourra donc toujours invo-

quer le bénéfice. Mais si la condition sous laquelle le cofidéjusseur est obligé, fait défaut, elle devra suppléer la part que ce dernier eût payée si la condition était arrivée, et il en sera de même si, à l'arrivée du terme ou de la condition, le fidéjusseur à terme ou sous condition est devenu insolvable. Ce sont là des conséquences de la loi 28 Code, précitée, en vertu de laquelle la *litis contestatio* ne saurait libérer le débiteur, ni en général nuire au créancier.

Les jurisconsultes qui pensent que la Nouvelle xcix n'a pas accordé généralement le bénéfice de division aux débiteurs solidaires, et qui restreignent ce bénéfice au cautionnement simple ou mutuel, enseignent qu'il ne suffit pas que les fidéjusseurs se soient cautionnés pour la même dette, pour qu'ils puissent invoquer le bénéfice de division; selon eux il faut encore qu'ils se soient cautionnés pour le même débiteur. Ainsi lorsqu'il y a deux débiteurs solidaires qui ont chacun donné caution, la caution de l'une ne pourrait pas invoquer la division à l'égard de la caution de l'autre (Voyez Voet ad Pand., XLVI, I, n° 22; — M. Duranton, t. X, n° 186). Mais comme nous avons admis que les débiteurs solidaires peuvent invoquer le bénéfice de division, il s'ensuit que la caution de chaque codébiteur pourra aussi invoquer ce bénéfice, parce qu'il est fondé sur l'équité, parce que les codébiteurs sont intéressés à ce que la caution puisse s'en servir, et que par conséquent l'exception est *in rem*.

Le certificateur de caution ne peut pas invoquer la division entre lui et la caution, de même que le fidéjusseur ne peut s'en prévaloir entre lui et le

débiteur principal. Mais plusieurs certificateurs peuvent s'en prévaloir entre eux (L. 27, § 4 Dig., De fidej.). Lorsque, de plusieurs fidéjusseurs, l'un a un certificateur, et que, pour établir la part due par chaque cofidéjusseur, l'on discute la solvabilité de la caution certifiée, cette caution est réputée solvable lorsque le certificateur l'est. (C'est de cette hypothèse, résolue au § 2 de la loi 27, que le § 1 dit : « *si fidejussor fidejussori exstiterit*, » et le § 1 ainsi rapporté au § 2, n'est point contraire au § 4 de la même loi). Par conséquent, si, de trois cofidéjusseurs, l'un est insolvable, mais que son certificateur soit solvable, le cofidéjusseur assigné pourra se libérer en payant ou en offrant de payer un tiers.

Il y a certains fidéjusseurs qui ne jouissent pas du bénéfice de division. Ainsi cette faveur est généralement refusée au fidéjusseur qui a commencé par nier son engagement, et spécialement au fidéjusseur d'un tuteur ; le premier subit une déchéance, le second souffre d'une faveur faite au pupille *qui non ipse contraxit* (L. 10, § 1 Dig., De fidej.; L. 12 Dig., Rem pup.).

Le fidéjusseur peut enfin renoncer expressément ou tacitement à la division ; par exemple, sa renonciation est tacite quand il s'engage sciemment avec un cofidéjusseur muni d'une exception perpétuelle. Le bénéfice *cedendarum actionum* lui reste alors ouvert, mais laisse naturellement à sa charge les risques de l'insolvabilité du débiteur principal et des cofidéjusseurs postérieure à la *litis contestatio*, tandis qu'en invoquant le rescrit d'Adrien, il les eût fait peser sur le créancier. Comme ces deux bénéfi-

ces ne se cumulent jamais, c'est au fidéjusseur de reconnaître et de choisir le plus avantageux dans chaque cas. En général la division sera préférable ; mais il vaudrait mieux recourir à la cession d'actions, si le débiteur principal se trouvait insolvable, et que l'obligation fût garantie par des hypothèques suffisantes (L. 14 Code, De fidej.). La loi 3 au Code, à notre titre, nous apprend que le fait par les fidéjusseurs de s'engager *in solidum*, n'est pas considéré comme une renonciation tacite au bénéfice de division.

Qu'arrivera-t-il si le fidéjusseur est incapable ? La loi 48 Dig., à notre titre, nous présente à ce sujet deux hypothèses.

Le *principium* nous montre un fidéjusseur capable et une femme qui ont cautionné une obligation. Papinien décide que le fidéjusseur pourra être actionné pour le tout, car il ne lui est pas permis d'ignorer que le sénatus-consulte Velleien défend l'*intercessio* aux femmes.

L'espèce prévue dans le paragraphe 1 est plus délicate. Le fidéjusseur incapable, au lieu d'être une femme, est ici un mineur de vingt-cinq ans. Si ce mineur se fait restituer *in integrum*, l'autre fidéjusseur sera-t-il tenu pour le tout ? D'après Cujas (Comment. in lib. Quæst. Papin., t. iv, c. 268 et suiv.), Papinien ferait une distinction : si le fidéjusseur capable est intervenu avant l'engagement du mineur, alors ce fidéjusseur capable pourra être poursuivi pour le tout. Si, au contraire, il s'est obligé en même temps que le mineur, on devra lui accorder le bénéfice de division, *propter incertum ætatis ac restitutio-*

nis, parce que, comme le mineur est en principe capable de s'obliger, son cofidéjusseur a pu compter sur la division lorsqu'il s'est porté caution.

M. Machelard (Des Obligations Naturelles, p. 246) ne croit pas que cette explication fournie par Cujas doive être absolument condamnée. Il préfère cependant l'interprétation de Godefroy, d'après laquelle les mots *propter incertum* se référerait directement au seul cas positivement résolu par Papinien, c'est-à-dire celui où le fidéjusseur majeur et capable est intervenu avant le mineur. « Sans doute, dit-il, Cujas » est fondé à induire *a contrario* que si le mineur est » intervenu en même temps que le majeur, la décision doit changer. Mais il nous paraît un peu forcé » de supposer que Papinien sous-entende une hypothèse différente, qu'il la résolve tacitement, et qu'il » se préoccupe de justifier la décision d'une question » qu'il passe sous silence. »

D'après M. Machelard, même dans le cas de fidéjussion simultanée, le majeur n'aura droit au bénéfice de division qu'autant qu'il aura ignoré l'âge du mineur ; s'il l'a connu, il sera tenu pour le tout.

La fin de notre texte prévoit le cas où l'intervention du mineur est le résultat du dol du créancier. Le jurisconsulte décide qu'alors le fidéjusseur majeur et capable pourra se prévaloir du bénéfice de division, que par suite le créancier supportera seul le préjudice résultant de la *restitutio in integrum*.

Favre (Conject., lib VIII, cap. 1), entend d'une autre manière la loi 48, § 1. D'après lui, Papinien voudrait dire que le majeur est tenu *in solidum*, quand il a cautionné après le mineur, et pour ga-

rantir le créancier contre l'éventualité d'une restitution. C'est ce but de la fidéjussion du majeur que le jurisconsulte exprimerait par les mots *propter incertum*... Cette explication, qui a déjà le tort d'effacer la similitude annoncée par Papinien entre les cas prévus dans le *principium* et le paragraphe premier, n'est possible d'ailleurs qu'au moyen d'une correction arbitraire, en lisant : *si post minorem*, au lieu de : *si postea minor*.



§. III. — DU BÉNÉFICE DE CESSION D'ACTIONS.

Le bénéfice de cession d'actions est le plus ancien dans l'ordre chronologique. Organisé par la jurisprudence, il oblige le créancier qui paie le fidéjusseur, à lui céder ses actions contre le débiteur principal. Il est fondé sur ce principe : *Quod tibi non nocet, alteri prodest, facile concedendum*.

Toute *adpromissio* fait naître, à l'échéance du terme qui affecte l'obligation principale, un recours au profit de l'*adpromissor* contre le débiteur, pour la restitution et dans la mesure de ce qu'a coûté au garant l'extinction de la dette, et pourvu qu'il n'ait pas sciemment négligé de se prévaloir des moyens de défense décisifs qu'aurait pu invoquer le débiteur.

Ce recours s'exerce par l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum contraria*, selon que la caution est intervenue du gré ou à l'insu du débiteur principal.

Il est à remarquer que la ratification qui intervient sur la fidéjussion, change tantôt la gestion du fidéjusseur en mandat, tantôt laisse subsister la gestion d'affaires : elle change la gestion en mandat, lorsque les choses sont encore en état, lorsque la caution n'a pas encore payé (L. 60 Dig., De divers. reg. jur. ant.). Elle laisse subsister la gestion d'affaires, lorsque la ratification est intervenue après que le fidéjusseur a déjà payé ; la ratification n'est alors qu'une approbation et du cautionnement et du paiement qui s'en est suivi. Par conséquent, la ratification intervenue avant le paiement laisse la caution obligée comme mandataire, tandis que la ratification faite après le paiement dégage le fidéjusseur de toute responsabilité ; le paiement fait par lui est censé bien fait, et le débiteur devra le lui rembourser, sans pouvoir se prévaloir contre lui d'aucune exception ; car il y a des cas où la caution ne peut pas réclamer son remboursement du débiteur principal ; c'est ce qui a lieu lorsqu'elle n'a pas opposé au créancier les exceptions qu'elle aurait pu lui opposer. Cependant il faut remarquer que, dans un tel cas d'omission, l'erreur de fait est excusable, mais l'erreur de droit ne le serait pas (L. 10, § 12 ; L. 29, princ., et § 4 Dig., Mand.). D'après cela, le fidéjusseur est en faute lorsqu'il n'a pas opposé les exceptions dont il avait connaissance, ou lorsqu'il ne les a pas prouvées convenablement. Cette responsabilité de la caution, qui, en de tels cas, s'ex-

pose à ne pas avoir de recours, est une preuve de plus de l'intérêt qu'elle a d'opposer au créancier le bénéfice de discussion.

Quant au fidéjusseur qui n'aurait pas reçu mandat, qui se serait constitué *negotiorum gestor*, et dont la gestion n'aurait été ratifiée ni avant, ni après le paiement, il est encore plus strictement tenu que celui qui a agi en exécution d'un mandat. Selon les règles du quasi-contrat de gestion d'affaires, il faut que cette caution prouve que la gestion a été utile, tandis que cette preuve n'est pas exigée du fidéjusseur qui a agi en exécution d'un mandat.

Le fidéjusseur qui a payé, s'il veut s'assurer son recours contre toute éventualité, doit aussi, s'il est possible, avertir le débiteur du paiement; s'il ne l'a pas fait, tandis qu'il le pouvait, et que le débiteur paie aussi, il n'aura pas de recours contre le débiteur, mais celui-ci, ayant acquis par le paiement indû qu'il a fait la *condictio indebiti*, devra la lui céder (L. 29, § 3 Dig., Mand.). Si, après que le débiteur a payé, la caution non avertie paie le créancier de bonne foi, elle aura l'action *mandati* contre le débiteur, qui est en faute de ne pas avoir averti la caution, et elle devra céder alors la *condictio indebiti*.

Le fidéjusseur n'a aucune des deux actions, ni l'action *mandati*, ni l'action *negotiorum gestorum*, lorsqu'il est intervenu *invito debitore*. Cependant, dans ce cas, comme il est obligé pour autrui, il peut se faire céder les actions; sans cette cession, il n'aurait pas de recours, il serait censé avoir donné. Il en était de même quand le fidéjusseur s'était engagé *animo donandi*, ou *in rem suam*, c'est-à-dire au cas

où la dette intéressait l'*adpromissor* lui-même. Toutefois Gaius et Papinien voulaient accorder au fidéjusseur, dans ces diverses hypothèses, une action *negotiorum gestorum utilis*. Au contraire, Paul, Pomponius et Julien refusaient toute action, et c'est leur avis qui a prévalu sous Justinien.

Mettons-nous maintenant en présence de la situation normale, et supposons que l'*adpromissor* ait contre le débiteur principal l'action de mandat ou de gestion d'affaires. Son remboursement, même dans ce cas, est loin d'être assuré, car les débiteurs cautionnés sont souvent insolvables. D'autre part, le fidéjusseur qui a payé la totalité de la dette, n'a aucun recours contre ses cofidéjusseurs ; il a bien le bénéfice de division, mais s'il a omis de l'invoquer, il ne lui reste plus aucun moyen de rentrer dans ses déboursés.

La jurisprudence vint au secours des fidéjusseurs en établissant le bénéfice de cession d'actions. L'*adpromissor* qui est prêt à désintéresser le créancier, peut forcer celui-ci à lui céder toutes ses actions, tant contre le débiteur que contre les obligés accessoires (L. 17 Dig., De fidej.).

La cession d'actions se distingue par trois effets principaux :

1° Elle donne un recours, comme nous l'avons dit plus haut, à celui qui s'est porté fidéjusseur malgré le débiteur principal.

2° Elle donne à celui des cofidéjusseurs, qui ne veut pas se servir du bénéfice de division, un recours contre ses cofidéjusseurs.

3° Enfin le bénéfice de cession d'actions est utile

au fidéjusseur, alors même qu'il aurait son recours contre le débiteur principal et contre les cofidéjusseurs. En effet, en vertu de ce bénéfice, la caution peut se faire céder par le créancier, non-seulement l'action principale, mais aussi l'action hypothécaire, à moins cependant que la chose hypothéquée ne soit grevée encore pour une autre créance, auquel cas la cession de l'action hypothécaire ne saurait être obtenue qu'à la charge de payer toutes les créances pour lesquelles la chose est hypothéquée (L. L. 13, 17, 89 Dig., De fidej.).

L'action hypothécaire devra même être cédée par le créancier lorsque la chose hypothéquée est passée des mains du débiteur aux mains d'un tiers détenteur. C'est ce que dit formellement la L. 14 Code, De fidej.

La cession ne peut s'obtenir pour partie, il faut que le créancier soit complètement désintéressé. Ainsi la cession ne pourrait pas être demandée par le cofidéjusseur à concurrence de ce que le paiement par lui offert excéderait sa quote-part dans la dette. Mais si le créancier avait fait remise de leur engagement à un ou plusieurs cofidéjusseurs, le fidéjusseur même qui aurait renoncé au bénéfice de division, pourrait obtenir la cession de l'action pour la part des cofidéjusseurs encore obligés, s'il offrait de payer cette part avec la sienne.

Il est à remarquer que la cession de l'action a lieu toujours déduction faite de la part que le cessionnaire eût dû payer s'il avait opposé le bénéfice de division. car s'il en était autrement, le dernier assigné paierait toute la dette, ce qui serait contraire à l'équité

qui a fait introduire le bénéfice (Voyez Mühlenbruch, *Traité de la Cession*, p. 413, n° 377).

De plus, les autres fidéjusseurs conservent envers le fidéjusseur devenu cessionnaire de l'action, les exceptions qu'ils avaient contre le créancier cédant, et par conséquent aussi le bénéfice d'ordre et de division.

Si pourtant ils avaient renoncé à ces bénéfices, celui qui serait assigné en second lieu, après avoir payé et s'être fait céder l'action, devrait agir contre le troisième, encore déduction faite de sa part, et si ce troisième était insolvable, la perte serait supportée par le premier aussi bien que par le second, de sorte que le premier aurait à restituer un sixième au second (Arg. de la loi 63, § 5 Dig., *Pro Socio*).

Le bénéfice de cession d'actions n'a pas lieu de plein droit, comme sous la législation du Code civil : le fidéjusseur doit le demander.

Si le fidéjusseur paie volontairement le créancier, la cession doit intervenir au moment du paiement ; celui-ci, en effet, éteint l'action avec toutes ses sûretés, et une fois qu'il est effectué, le créancier, n'ayant plus rien, ne peut plus rien céder.

Mais, dira-t-on, de deux choses l'une : ou le créancier ne sera pas intégralement désintéressé, et alors il se refusera à céder ses actions ; ou bien le fidéjusseur lui aura soldé la totalité de ce qui lui est dû : or, ce paiement ayant éteint la dette, ayant libéré tous les obligés principaux et accessoires, que resterait-il au créancier à céder, n'ayant plus d'actions ?

Pour ne pas se heurter à cet obstacle infranchis-

sable, les jurisconsultes romains avaient eu recours à un moyen qui leur était familier, à une fiction. Ils répondaient que le créancier avait reçu du fidéjusseur, non pas le paiement de la dette, mais le prix de sa créance, tant contre le débiteur principal que contre les obligés accessoires. « *Non in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit,* » s'écrie Paul dans la loi 36 Dig., De fidej. Julien donne la même décision dans la loi 17 Dig., eod. tit.

Mais comment concilier cette théorie avec celle de l'intransmissibilité des créances à Rome? Les jurisconsultes durent recourir à une seconde fiction pour rendre possible l'opération, si fréquente dans la pratique, de la cession de créance. Ils atteignirent ce résultat par deux moyens. Le premier était la délégation, ou novation par changement de créancier. On ne connut pas d'autre procédé au temps des actions de la loi; il avait l'inconvénient de nécessiter le consentement du débiteur, et de plus il laissait disparaître en principe toutes les garanties de la créance primitive. Aussi fut-il abandonné le jour où le système formulaire permit aux plaideurs de se faire représenter en justice; on eut alors recours à la *procuratio in rem suam*. Le créancier donna mandat au cessionnaire d'agir contre le débiteur, et il le dispensa de rendre compte. Cette manière d'agir, préférable à la délégation, était encore imparfaite, parce que le cessionnaire *procurator*, bien qu'investi du droit de poursuivre la créance, et même de l'éteindre par les voies prétoriennes du pacte de remise ou du serment, n'en était pas titulaire. Elle restait dans le patrimoine du cédant,

qui pouvait l'anéantir lui-même au moyen de l'acceptation, recevoir un paiement valable du cédé, révoquer le mandat. De plus, le débiteur avait la faculté d'opposer au cessionnaire toutes les exceptions, même de compensation, dont il jouissait contre le cédant. Enfin la *procuratio* s'évanouissait, comme tout autre mandat, par la mort du cédant ou du cessionnaire.

Plus tard, les constitutions impériales reconnurent de son chef au *procurator in rem suam* un droit propre, indépendamment de toute idée de mandat, et lui donnèrent, sous la qualification d'actions utiles, les actions du créancier cédant.

Si nous nous plaçons maintenant dans l'hypothèse où le fidéjusseur paie, non plus volontairement, mais sur la poursuite du créancier, il est évident que la caution ne pourra demander la cession des actions que jusqu'à la *litis contestatio*. En effet, à ce moment de la procédure, l'ancien rapport de droit a fait place à un rapport nouveau, le débiteur principal et les autres obligés accessoires sont libérés, le créancier n'a plus d'actions à céder.

Sous Justinien, par suite de la suppression de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, le fidéjusseur poursuivi peut réclamer la cession des actions du créancier, non-seulement après la *litis contestatio*, mais encore après la sentence, et tant que le paiement n'est pas effectué.

La jurisprudence, pour établir le bénéfice de cession d'actions, était partie de cette idée que le créancier désintéressé, qui refuse de céder ses actions,

se rend coupable de dol. En conséquence, elle permet à l'obligé qui offrait de payer le créancier, de repousser l'action de celui-ci par l'exception de dol, ou, ce qui revient au même, par l'exception *in factum nisi suas actiones cesserit*. Si le dol du créancier est manifeste, quand celui-ci citera l'obligé *in jure*, le magistrat lui refusera la formule, Si, au contraire, le dol du créancier n'est pas évident, le prêteur délivrera la formule d'action, mais en y insérant l'exception de dol ou *in factum*; et si, *in judicio*, l'exception est justifiée, le dol du créancier prouvé, le défenseur sera absous, et le poursuivant perdra sa créance.

Le créancier n'est tenu de céder ses actions que telles qu'il les a au moment de la réquisition de cession. C'est ainsi que le fidéjusseur ne pourrait pas se plaindre dans le cas où le créancier n'aurait pas conservé toutes ses actions dans toute leur intégrité. Cela tient au caractère unilatéral et *stricti juris* de la fidéjussion.

Terminons cette matière en citant quelques cas où le fidéjusseur peut exercer son recours même avant d'avoir payé, ou sans avoir payé lui-même. C'est ce qui a lieu :

1° Lorsqu'il a été condamné à faire le paiement (L. L. 4, § 1, et 45 Dig., De fidej.).

2° Indépendamment de toute condamnation, lorsque le débiteur principal dissipe ses biens (L. 38 § 1; L. 45, § 3 Dig., Mand.).

3° Lorsque le débiteur s'est engagé envers le fidéjusseur à lui apporter sa décharge dans un certain temps (L. 10 Code, Mand.);

4° Lorsque le cautionnement a été contracté depuis longtemps, auquel cas le fidéjusseur peut assigner le débiteur à l'effet d'obtenir son affranchissement (L. 38, § 1 Dig., Mand.);

5° Lorsque la caution a fait au créancier des offres de paiement suivies de consignation (L. 64 Dig., De fidej.);

6° Lorsqu'elle a délégué son débiteur au créancier qui l'a accepté; une telle délégation opère novation et équivaut au paiement (L. 18 Dig., De solut.);

7° Lorsque le créancier, pour faire donation au fidéjusseur, lui a donné quittance *per acceptilationem*, ou lui a légué sa libération (L. 10, L. 26, § 3 Dig., Mand.).



CHAPITRE IV.

De l'Extinction de la Fidéjussion.

§. I. — DE L'EXTINCTION DE LA FIDÉJUSSION PAR VOIE DE CONSÉQUENCE.

En règle générale, le fidéjusseur est libéré toutes les fois que le débiteur principal l'est lui-même. La fidéjussion est éteinte par voie de conséquence *ipso jure* ou *exceptionis ope*.

I. — **Ipso jure.**

Les modes d'extinction *ipso jure* sont le paiement, la *datio in solutum*, la novation, la compensation, la confusion, l'acceptilation, la *litis contestatio*, la perte de la chose due, l'arrivée du terme.

1° Paiement. — Le paiement réel est le mode naturel d'éteindre l'obligation avec tous ses accessoires. Pour que le paiement produise ses effets, il faut : 1° qu'il soit fait *a domino*, autrement l'obligation ne serait éteinte que lorsque le créancier aurait

usucapé la chose donnée en paiement ; 2° que le paiement soit fait au véritable créancier.

2° Datio in solutum. — Elle a le même effet que le paiement ; elle anéantit comme lui la dette avec tous ses accessoires. Dans l'opinion des Proculiens, elle ne supprimait pas la créance de plein droit, mais seulement *exceptionis ope*, ce qui revient à dire que l'action du créancier n'était que paralysée par une exception de dol. Les Sabinien, au contraire, fidèles à leur système de rapprochement entre les actes analogues, assimilaient au paiement la *datio in solutum*, et la considéraient comme extinctive *ipso jure*. C'est leur théorie qui avait prévalu.

3° Novation. — L'effet de la novation est d'éteindre l'obligation primitive avec toutes les sûretés réelles ou personnelles qui pouvaient la garantir ; ainsi donc la fidéjussion disparaît par voie de conséquence. La question s'éleva en droit romain de savoir si, par une convention spéciale, les parties faisant novation ne pourraient pas réserver les sûretés garantissant la première dette, pour les rattacher à la nouvelle. La loi 60 Dig., et la loi 4 Code, De fidej., se prononcent pour la négative en ce qui concerne la fidéjussion. Les textes fondent leur décision sur cette idée que les fidéjusseurs ne sont intervenus qu'en prenant en considération soit la personne du débiteur, soit celle du créancier, soit l'objet de la dette.

4° Compensation. — A aucune époque, la compensation ne fut en droit romain un mode d'extinction des obligations. Avant Justinien, même dans

le cas des actions de bonne foi, elle n'était qu'une conséquence de la procédure. Et pour ce qui était des actions de droit strict, aux termes du rescrit de Marc-Aurèle, elle ne produisait effet qu'au moyen de l'exception de dol. Or, quand Justinien nous dit : « *Compensationes ex omnibus actionibus, ipso jure, fieri sancimus* (L. 14 Code, De compens.), » ces mots *ipso jure* ne signifient pas que la compensation devient une cause d'extinction réciproque des dettes, car ce qu'on appelle chez nous la compensation légale n'exista jamais dans la législation romaine. Justinien, par les mots *ipso jure*, veut dire tout simplement que, dans toutes les actions sans exception, la compensation désormais rentrera toujours de droit dans l'office du juge.

En matière de compensation, le principe, en droit romain, est qu'on ne peut opposer en compensation la créance d'autrui ; il faut être personnellement créancier. Il y a à cette règle deux exceptions : la première est relative aux *correi debendi* qui sont associés, la seconde aux fidéjusseurs. Ceux-ci peuvent opposer en compensation au créancier, non-seulement leur propre créance, mais encore celle du débiteur principal. Et Gaius, dans la loi 5 Dig., De compens., nous dit même qu'ils peuvent opposer en même temps l'une et l'autre. Pour comprendre ce que veut dire le jurisconsulte, il faut supposer que l'une des deux créances est inférieure au montant intégral de la dette garantie par le fidéjusseur : dans ce cas, celui-ci, pour compléter la somme, peut opposer en compensation la seconde créance.

Aucune société n'existant entre les cofidéjusseurs,

le fidéjusseur actionné ne peut opposer au créancier la créance d'un de ses cofidéjusseurs.

5° **Confusion.** — Trois cas peuvent se présenter :

1° Le créancier succède au débiteur. Dans ce cas, l'addition d'hérédité équivaut à une *solutio*. Tous les débiteurs accessoires sont entièrement libérés.

2° Le débiteur succède au créancier. On arrive au même résultat. S'il y a plusieurs héritiers, l'extinction de la dette n'aura lieu que dans la proportion des droits qui appartiennent en propre à celui sur la tête duquel s'opère la confusion. Supposons le débiteur héritier pour un quart, il y a extinction d'un quart de la dette.

3° La qualité de débiteur et celle de fidéjusseur sont réunies par la confusion. En principe, la qualité accessoire disparaît : alors le fidéjusseur héritier devient débiteur principal (L. 5 Dig., De fidej.). Toutefois, lorsque le fidéjusseur n'était intervenu que pour garantir une obligation simplement naturelle, et qu'il venait à succéder au débiteur, la confusion n'éteignait pas la fidéjussion, parce que, dans ce cas, l'extinction de la fidéjussion eût enlevé au créancier son action. Bien plus, la loi 21, §2 Dig., De fidej., nous dit que si c'est le débiteur de l'obligation naturelle qui devient l'héritier du fidéjusseur, l'action *ex stipulatu* sera donnée contre lui.

Si, au lieu d'un débiteur principal, il y en a plusieurs, alors il se produit des complications que nous trouvons exposées dans la célèbre loi *Granius Antoninus* du jurisconsulte Paul (L. 71 Dig. De fidej.).

Granius Antoninus avait donné mandat à Aurélius Palma de prêter une somme d'argent à Julius Pollion et à Julius Rufus, qui, en recevant cette somme, s'étaient constitués *correi debendi*. Les biens de l'un des deux Julius, de Pollion, par exemple, ont été dévolus au fisc, soit par l'application d'une loi pénale, soit par celle des lois caducaires ; les biens du créancier Aurélius Palma lui ont été pareillement dévolus. Voilà donc le fisc devenu successeur universel à la fois du créancier et de l'un des débiteurs solidaires : de là une confusion dans l'obligation, confusion qu'invoquait le *mandator pecuniæ credendæ*, Granius Antoninus, pour se prétendre libéré. Sa prétention était-elle fondée ?

Pour résoudre cette question, Paul examine d'abord ce qu'il faudrait répondre si, au lieu de deux débiteurs principaux, comme dans notre espèce, il n'y en avait qu'un seul, dont la succession serait réunie à celle du créancier sur la même tête. Je n'hésiterais pas alors, dit-il, à répondre que le *mandator* serait libéré, comme le fidéjusseur l'est en pareil cas de l'aveu de tout le monde, et cela en vertu de ce principe que nul ne peut être obligé à titre d'*intercessor* pour une personne envers cette même personne : *non potest pro eodem, apud eundem quis mandator esse*. Passant ensuite à l'espèce qu'il vient de rapporter, le jurisconsulte déclare que Granius Antoninus reste obligé vis-à-vis du fisc pour Julius Rufus, comme *mandator pecuniæ credendæ*. En effet, dit Paul, la confusion n'éteint l'obligation qu'à l'égard de la personne dont les droits viennent se confondre avec ceux du créancier, et si

l'obligation corréale est une quant à son objet, elle est certainement multiple, si on la considère sous le rapport des personnes qui sont le sujet actif ou passif du droit. Mais, s'il est vrai de dire que Granius Antoninus demeure obligé vis-à-vis du fisc pour Julius Rufus, est-ce à dire que l'action *mandati contraria* donnée contre lui sera efficace? Nullement, car si Granius Antoninus était obligé de payer au fisc, il aurait un recours contre ce même fisc, comme étant l'*intercessor* de Julius Pollion auquel le fisc a succédé. Il repoussera donc l'action du fisc par l'exception de dol: *nam dolo facit qui petit quod statim redditurus est*. Quant à Julius Rufus, le fisc aura action contre lui, soit pour le tout, soit pour la moitié, suivant qu'il y avait ou non société entre lui et Julius Pollion.

6° **Acceptilation.** — L'acceptilation produit le même effet que le paiement. Si donc le créancier fait acceptilation au débiteur principal, tous les fidéjusseurs sont libérés, et réciproquement, si c'est au profit de l'une des cautions que l'acceptilation a eu lieu, le débiteur principal et les autres obligés accessoires sont déchargés. Les textes ne mentionnent expressément cet effet de l'acceptilation que pour le cas des *correi promittendi* (L. 16, princ. Dig., De accept.). Mais on n'a jamais mis en doute qu'il n'en fût de même dans l'hypothèse d'un débiteur principal accompagné de fidéjusseurs.

7° **Litis contestatio.** — La *litis contestatio* détruit le rapport légal qui existait auparavant entre les parties, et le remplace par un rapport nouveau,

l'obligation de subir le *judicium* jusqu'à la sentence, que l'on doit considérer comme né d'un quasi-contrat ou de la loi. Ce résultat extinctif de la *litis contestatio* est assez souvent qualifié de novation nécessaire ou judiciaire, nous préférons avec beaucoup d'auteurs y voir un mode d'extinction des obligations *sui generis*.

Cette extinction se produit tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*. Elle opère *ipso jure*, lorsque l'action est personnelle, la formule *concepta in jus* et le *judicium legitimum*; dans ce cas l'action sera plus tard refusée au demandeur actuel qui voudrait renouveler la poursuite. En l'absence de l'un des trois caractères signalés, c'est-à-dire quand l'action est *in rem*, *in factum*, ou constitue un *judicium imperio continens*, l'extinction a lieu *exceptionis ope*; autrement dit, si le demandeur actuel renouvelait la poursuite, le défendeur ne pourrait pas s'opposer à la concession d'une nouvelle formule, il pourrait seulement y faire insérer l'exception *rei in judicium deductæ* ou l'exception *rei judicatæ*, suivant le point auquel serait parvenue la procédure.

Appliquons ces principes à l'extinction de la fidéjussion. Si la *litis contestatio* est intervenue entre le créancier et le débiteur principal, tous les fidéjusseurs sont libérés : si elle a eu lieu entre le créancier et l'un des fidéjusseurs, le débiteur principal et tous les autres fidéjusseurs sont à l'abri des poursuites, quand bien même l'action intentée par le créancier n'aurait pas pour résultat de le libérer complètement (Paul Sent. II, 17).

Remarquons toutefois que, pour que l'action in-

tentée contre le débiteur principal libère les fidéjusseurs, il faut que le débiteur ait été actionné lui-même, et pour une obligation personnelle, d'où il suit que, si l'action *de peculio* a été intentée contre le maître d'un esclave débiteur, l'obligation prétorienne du maître ayant été seule déduite *in jure*, et l'obligation naturelle de l'esclave ne l'ayant nullement été, les fidéjusseurs de l'esclave ne seront pas libérés (L. 84 Dig., De solut).

Nous ne reviendrons pas ici sur l'abolition de l'effet extinctif de la *litis contestatio* qu'effectua Justinien par la loi 28 Code à notre titre.

8° Perte de la chose due. — La fidéjussion s'éteint encore par la perte de la chose due, si c'est une *species* ; mais la demeure du débiteur principal a aussi pour effet de perpétuer l'obligation à l'égard de la caution.

9° Terme. — La fidéjussion est anéantie par l'expiration du temps, si elle a été contractée à terme. Il est d'ailleurs à remarquer que le terme ajouté à un cautionnement peut avoir un double objet :

1° Il peut être ajouté pour mettre fin à l'obligation même du contrat ; c'est ce qui a lieu toutes les fois que la dette est fixe et invariable, par exemple, lorsque pour deux ans je cautionne un emprunt de Titius.

2° Le terme peut être ajouté aussi dans le but de déterminer le *quantum* du contrat dans les obligations qui sont continues, qui naissent, pour ainsi dire, chaque jour. Je me porte fidéjuteur pour un locataire pendant cinq ans : ici la caution est tenue

non-seulement pendant cinq ans, mais pour toujours du chef des obligations que le locataire a contractées pendant ces cinq années (L. 7 Code, De loc. et cond.). Mais dans tous les cas la caution ne serait tenue que des loyers dus pour ces cinq années, alors même qu'à leur échéance il y aurait eu tacite reconduction entre le *locator* et le locataire.

II. — **Exceptionis ope.**

Il y a des cas où l'obligation principale, au lieu d'être éteinte *ipso jure*, ne l'est qu'*exceptionis ope*. Le fidéjusseur pourra-t-il opposer au créancier les exceptions que pourrait lui opposer le débiteur principal ?

Le jurisconsulte Marcien répond à cette question dans la loi 19 Dig., De except. : « *Omnes exceptiones* » *quæ reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito* » *reo, competunt.* » Cette règle est beaucoup trop absolue, comme nous allons le voir, car il faut distinguer entre les exceptions *rei cohærentes* et les exceptions *personæ cohærentes*. Les premières seules peuvent être invoquées par le fidéjusseur ; les secondes restent propres au débiteur principal.

A. — **Exceptions rei cohærentes.**

Nous avons parlé plus haut des exceptions *rei in judicium deductæ* et *rei judicatæ*. Les trois exceptions de procédure : *litis dividuæ*, *rei residuæ*,

cognitoria ou *procuratoria*, compétant au débiteur principal, peuvent-elles être opposées par le fidéjusseur ? Dans le silence des textes, nous croyons que la caution peut s'en prévaloir, par suite de l'analogie qui existe entre ces exceptions et les exceptions *rei in iudicium deductæ* et *judicatæ*.

Le fidéjusseur intervenu avant la prescription de l'action qui compète au créancier contre le débiteur, peut invoquer cette prescription, car, à notre avis, l'expiration du délai pendant lequel l'action peut être intentée, est au nombre des exceptions *in rem*. Tous les auteurs sont du reste d'accord avec nous en ce qui concerne la *præscriptio longi temporis*, introduite dans le Bas-Empire contre les actions auparavant perpétuelles. Quant aux actions annales prétoriennes, Doneau a soutenu que l'obligation, dans ce cas, et par suite la fidéjussion, était éteinte *ipso jure*. De plus, il est question dans les textes d'une exception *annalis* (L. 30, § 5, Dig. De peculio; L. 15, § 5 Dig., Quod vi aut clam).

Lorsqu'une caution est intervenue pour garantir l'obligation contractée par un fils de famille au mépris du Macédonien, elle peut repousser l'action du créancier par l'exception *in rem* tirée du sénatus-consulte.

Vient ensuite l'exception du sénatus-consulte Velleien, à l'égard de laquelle le fidéjusseur était traité avec faveur, puisqu'on décidait qu'il jouirait du bénéfice de l'exception, quoiqu'il n'eût pas d'action récursoire contre la femme (L. 16, § 1. Dig., ad setum Vell.).

Nous avons déjà mentionné la question de savoir

si le fidéjusseur peut invoquer pour sa libération la *restitutio in integrum* accordée au mineur de vingt-cinq ans. Nous n'avons pas besoin de dire que nous supposons le fidéjusseur intervenu avant la *restitutio in integrum*.

Ulpien dans la loi 3, § 4, et dans la loi 13 princ. Dig., De minor, nous apprend que le sort des fidéjusseurs est abandonné à l'appréciation du magistrat qui, dans la *causæ cognitio* préalable à la *restitutio*, s'occupera du point de savoir quelle portée il doit donner à cette *restitutio*. Voici, d'après Ulpien, la considération qui devra dicter la décision du magistrat. Si celui qui a traité avec un mineur hésitait à le faire parce qu'il se défiait dudit mineur à cause de son âge, parce qu'il redoutait une *restitutio*, et que, précisément, le fidéjusseur se soit obligé pour garantir le créancier contre le danger prévu par celui-ci ; dans ce cas, il serait évidemment inique de secourir la caution au détriment du créancier. Mais il est possible aussi que le créancier, traitant avec un mineur et exigeant l'accession d'un fidéjusseur, n'ait point principalement eu en vue de se prémunir contre le péril de la *restitutio in integrum*. Il estime l'opération avantageuse au mineur, ne croit pas à l'éventualité d'une *restitutio*, et n'a d'autre but, en demandant une caution, que de se faire garantir contre l'insolvabilité de ce même mineur. Dans cette dernière hypothèse, la fidéjussion n'étant point intervenue pour protéger le créancier contre les chances d'une *restitutio in integrum*, il n'y a aucune raison pour refuser au fidéjusseur le bénéfice de cette restitution. Papinien, dans la loi 95,

§ 3, Dig., De solut., exprime très nettement, d'un mot, la différence qui existe entre l'une et l'autre espèce, en disant que, dans la première, le fidéjusseur s'est obligé *cum contemplatione juris prætorii*, et dans la seconde *sine contemplatione juris prætorii*.

Inutile d'ajouter que si le créancier avait contracté de mauvaise foi avec le mineur, par exemple s'il lui avait prêté de l'argent, sachant parfaitement qu'il allait dissiper immédiatement les sommes comptées (*minori perdituro*), inutile de dire que, dans ce cas, la question de libération du fidéjusseur ne saurait se présenter. Le fidéjusseur, en effet, n'aurait jamais été valablement obligé, le mineur ne l'ayant jamais été lui-même (L. 24, § 4 Dig., De minor; L. 12, § 11 Dig., Man.d).

L'exception de dol est *in personam* du côté du demandeur, c'est-à-dire que, pour qu'elle puisse être invoquée, il faut que ce soit le demandeur lui-même qui soit l'auteur du dol. Mais elle est *in rem* du côté du défendeur, ce qui signifie qu'on ne recherche pas au préjudice de qui le dol a été commis. La conséquence de ce double principe, c'est que, si le créancier s'est rendu coupable de dol vis-à-vis du débiteur principal, tous les fidéjusseurs peuvent repousser son action par l'exception de dol (L. 7, § 1, Dig., De except.)

L'exception de violence, *quod metus causa*, est *in rem erga omnes*. Les cautions peuvent donc toujours l'opposer à la poursuite du créancier, quand la violence a été exercée vis-à-vis du débiteur.

L'*exceptio jurisjurandi*, tirée du serment, compé-

tant au débiteur principal, peut être opposée par le fidéjusseur. Prenons une espèce : le créancier Primus actionne Secundus, fidéjusseur de Tertius débiteur. Secundus prétend que Primus a déféré le serment à Tertius sur la question de savoir si celui-ci était réellement obligé, et que Tertius a juré ne l'être pas. Primus niant la prestation de serment par Tertius, le magistrat n'entrera pas dans l'examen de ce point de fait : il délivrera à Primus l'action contre Secundus, mais en insérant dans la formule l'*exceptio jurisjurandi* que Tertius, le débiteur principal, eût invoquée, si Primus se fût adressé à lui au lieu de poursuivre Secundus. Si l'exception est justifiée, Secundus sera absous. Le serment devient aussi une cause d'extinction de la fidéjussion, lorsque le créancier le défère au fidéjusseur, non plus sur l'existence de la dette, mais sur celle de la fidéjussion. Le fidéjusseur qui prête ce serment est libéré (L. 28, § 1, L. 42, § 1, Dig., De fidej.)

Examinons maintenant l'exception tirée du *pacte de non petendo*. Pour savoir si la caution peut invoquer l'exception *pacti conventi* du chef du débiteur principal, il faut distinguer si le *pacte de non petendo* a été fait *in rem* ou *in personam*. S'agit-il d'un *pacte de non petendo in rem*, le fidéjusseur peut l'opposer au créancier, parce que, s'il était obligé de payer, il recourrait contre le débiteur principal par l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum*; or il est de principe que l'*exceptio pacti* peut être invoquée par toute personne qui se trouve dans une position telle, que l'intérêt du débiteur lui-même exige que l'exception soit opposée. Il suit de là toutefois que si le fidéjus-

seur était intervenu *animo donandi* ou *invito debitorum*, il ne pourrait invoquer l'exception : dans cette double hypothèse, en effet, il n'a aucun recours contre le débiteur.

Supposons qu'un premier *pacte de non petendo in rem*, intervenu entre le créancier et le débiteur, soit suivi d'un second pacté anéantissant le premier ; le fidéjusseur actionné continuera-t-il de pouvoir invoquer le premier pacte ? La question était controversée. Paul croit que le fidéjusseur perd le bénéfice du premier pacte (L. 27, § 2 Dig., De pact.) ; Furius Anthianus est d'avis contraire (L. 62, in fine, Dig., De pact.).

B. — Exceptions personæ cohærentes.

Si le créancier a consenti au débiteur principal un *pacte de non petendo in personam*, le fidéjusseur ne pourra pas l'invoquer ; il sera donc obligé de payer, mais il conservera son action récursoire de mandat ou de gestion d'affaires contre le débiteur, de sorte que le pacte aura eu seulement pour effet de dispenser le débiteur de payer le premier. D'autre part, au moyen du bénéfice de discussion établi par Justinien, ce pacte profitera encore à la caution, car celle-ci, si elle est attaquée, renverra le créancier discuter les biens du débiteur, qui dès lors lui opposera le pacte. Le pacte libérerait complètement le débiteur, si le fidéjusseur était intervenu *animo donandi* ou *invito debitorum*.

Il y a encore d'autres exceptions *personæ cohærentes*. Ce sont le bénéfice de compétence et l'ex-

ception de cession de biens, *nisi bonis cesserit*. Ces exceptions sont établies uniquement par considération de la personne du débiteur, et constituent un privilège personnel. Ainsi le bénéfice de compétence est accordé aux associés entre eux, aux débiteurs qui ont été admis à la cession de biens, au mari à l'égard de sa femme. Le fidéjusseur qui a cautionné le débiteur malheureux qui a failli, l'associé, ou celui qui après la dissolution du mariage a cautionné le mari (car pendant le mariage le cautionnement serait nul), ne peut pas invoquer le bénéfice de compétence.

Exposons maintenant les exceptions à la règle que le fidéjusseur est libéré toutes les fois que le débiteur principal l'est lui-même.

Le fidéjusseur demeure obligé, quoique le débiteur principal soit libéré :

1^o Lorsque l'obligation a pour objet un corps certain qui périt par le fait du fidéjusseur. Ce fait est, par rapport au débiteur, un cas fortuit ; d'après les principes, la caution devrait être libérée. Mais ce résultat était contraire à l'équité, et on donna en ce cas l'action de dol contre le fidéjusseur (L. 19 Dig., De dolo malo). Sur cette action le fidéjusseur condamné était noté d'infamie, mais, d'un autre côté, le créancier, qui avait auparavant l'action *ex stipulatu* qui est perpétuelle, n'avait plus qu'une action annale. Aussi plus tard donna-t-on, dans cette hypothèse, contre la caution l'action *ex stipulatu utilis* (L. 31, § 5 Dig., De usuris).

2^o Quand le débiteur est mort sans héritier (L. 95, § 1, in fine, Dig., De solut.) ;

3° Lorsque le créancier a intenté contre le débiteur une accusation capitale ;

4° Quand les biens du débiteur sont frappés de confiscation ;

5° Lorsque le créancier a été envoyé en possession des biens du débiteur (L. 21, § 3 Dig., De fidej.).



§ II. — DE L'EXTINCTION DE LA FIDÉJUSSION INDÉPENDAMMENT DE L'OBLIGATION PRINCIPALE

Le paiement fait par le fidéjusseur avec cession des actions du créancier éteint l'obligation de la caution, mais celle du débiteur principal continue de subsister au profit de cette caution. Il y a là, pour ainsi dire, une sorte de confusion de la personne du créancier et de celle du fidéjusseur.

Le *fidejussor indemnitis* peut repousser par l'exception de dol l'action du créancier qui, par sa négligence, a laissé le débiteur devenir insolvable.

L'hypothèse la plus curieuse à examiner d'extinction de la fidéjussion indépendamment de l'obligation principale, se présente en cas de confusion.

Le fidéjusseur devient l'héritier du débiteur principal. — En principe, en cas de confusion des deux qualités de fidéjusseur et de débiteur, c'est l'obligation accessoire qui vient s'absorber dans l'obligation principale, c'est la qualité de fidéjusseur qui

disparaît. Mais il peut en être autrement. Il faut à cet égard faire la distinction suivante : si l'obligation principale est plus efficacement garantie que celle de la caution, alors la fidéjussion disparaît, et le fidéjusseur devient débiteur principal. Si, au contraire, l'obligation principale est moins efficacement garantie que celle de la caution, alors le fidéjusseur reste fidéjusseur, et il n'y a plus de débiteur principal. Il faut se garder de dire, toutefois, que dans ce cas, l'obligation naturelle est éteinte ; elle est seulement paralysée par la confusion. D'où la conséquence que si, par exemple, la fidéjussion venait à s'éteindre, la dette naturelle pourrait être payée, et il n'y aurait pas lieu à répétition. Ajoutons encore que cette dette naturelle pourrait être garantie par une fidéjussion nouvelle.

La distinction que nous venons de rappeler semble faite par Papinien dans un texte qui a donné lieu à de vives controverses, la loi 95, § 3, Dig., De solut. : « *Quod vulgo jactatur fidejussorem qui debitori heres* » *extitit, ex causa fidejussionis liberari : totiens verum* » *est, quotiens rei plenior promittendi obligatio inve-* » *nitur.* » Et le manuscrit de Florence ajoute : « *Nam* » *si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberabi-* » *tur.* »

Cujas (Observat., xi. 34, t. iii, p. 189 ; et Comment. in Quæst. Papin., t. iv, p. 670) propose de mettre le mot *natura* entre les mots *reus* et *duntaxat*, et la négation *non* avant *liberabitur*. Cette restitution est indispensable, car la leçon florentine n'offre aucun sens raisonnable ; celle que donne Cujas est très probable, on peut dire certaine, puisque le texte corres-

pendant des Basiliques porte : « Εἰ γὰρ ὁ ἐναγόμενος φύσει » μόνον ἠνείχετο, οὐκ ἀπόλλυται (ἡ ἐγγύη). — Car si le débiteur » n'était obligé que naturellement, la fidéjussion » n'est pas éteinte » (Bas., xxvi, 5, édit. Fabr., t. iv, p. 163). La correction de Cujas a pour elle encore un autre argument, c'est que Papinien, dans la suite du texte, passe à une espèce où l'on doit arriver à une solution inverse et supprimer l'obligation du fidéjusseur. « L'opposition que le jurisconsulte entend » établir entre les deux hypothèses, est indiquée par » les expressions *e contrario*, qui commencent la » phrase suivante. Or, comme dans la fin du texte, » il est clair que l'extinction de la fidéjussion est re- » connue, il faut bien, pour mettre Papinien d'accord » avec lui-même, dire que dans la première partie » du fragment, il n'admet pas la libération du fidé- » juseur (M. Machelard, Obligations naturelles, » p. 251). »

Un texte d'Africain, la loi 21, § 2 Dig., De fidej., vient encore à l'appui de notre distinction. Africain décide qu'un esclave, obligé naturellement, ne pourrait pas, une fois affranchi, cautionner sa propre obligation naturelle, car on ne peut comprendre, dit-il, que quelqu'un soit son propre fidéjusseur. Mais, ajoute le jurisconsulte, si le fidéjusseur qui a cautionné l'obligation naturelle de l'esclave, vient à mourir en l'instituant son héritier, l'obligation civile du fidéjusseur et l'obligation naturelle continueront de subsister l'une et l'autre dans la personne dudit esclave. Quand à l'utilité de la survivance de l'obligation naturelle, Africain en donne le même motif que nous avons nous-même donné ci-dessus ;

c'est què, si la fidéjussion venait à s'éteindre, et que l'esclave payât en vertu de l'obligation naturelle, il ne pourrait pas répéter contre le créancier.

Quant à la cause qui, dans la pensée d'Africain, devait amener l'extinction de la fidéjussion, les interprètes l'ont cherchée, et tous sont loin d'être arrivés à la même conclusion.

D'après Cujas, le jurisconsulte aurait prévu le cas d'une fidéjussion contractée seulement *ad tempus* (Cujas, ad Africanum, tract. vii, t. i, p. 1240).

M. Pellat (Textes choisis, p. 232) a cru que la découverte du manuscrit de Gaius, et les détails que nous donne ce jurisconsulte sur les anciens *sponsores* et *fidepromissores*, lui livraient le secret de la difficulté. On sait que la loi *Furia*, applicable d'ailleurs à l'Italie seulement, déclarait ces *adpromissores* libérés au bout de deux ans. Or, dit M. Pellat, Africain suppose ici l'intervention d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor*, et ce sont les commissaires de Justinien qui, suivant leur habitude, ont remplacé *sponsor* ou *fidepromissor* par *fidejussor*.

Malheureusement, M. Machelard fait remarquer, avec beaucoup de raison, que la *sponsio* et la *fidepromissio* n'étaient possibles qu'autant que le *reus* s'était engagé *verbis* (Gaius, Com. iii, § 117). Or, dans notre texte, Africain ne mentionne qu'un contrat *re*, un *mutuum* conclu par l'esclave. Le savant romainiste accorde que souvent, en effet, le prêteur exigeait une obligation *verbis* de la part de l'emprunteur, mais il observe très justement que l'emprunteur ici est un esclave, et que, d'après l'opinion qui avait prévalu, l'esclave était incapable de se lier par

un contrat *verbis*. La seule réponse que pourraient faire les partisans du système de M. Pellat, ce serait de soutenir qu'Africain était du nombre de ces jurisconsultes qui, ainsi que nous l'apprend Gaius (Com. III, § 119), estimaient qu'un *sponsor* ou un *fidepromissor* pouvait garantir l'obligation d'un esclave, lequel avait promis en employant la formule *spondeo*.

M. Machelard pense que, dans le texte qui nous occupe, Africain fait allusion à un vice de procédure, par exemple à une *pluspetitio* ou à une péremption d'instance, qui faisait disparaître l'obligation civile, tout en laissant subsister l'obligation naturelle.

Cette opinion nous semble plus vraisemblable que celles de Cujas et de M. Pellat (Voyez M. Machelard, p. 175 et suiv.).

On a pu remarquer que dans la loi 95, § 3 Dig., De solut., Papinien suppose que c'est le fidéjusseur qui est devenu l'héritier du *reus*, tandis qu'Africain, dans la loi 21, § 2 Dig., De fidej., suppose au contraire que c'est le *reus* qui est devenu l'héritier du fidéjusseur. Les Sabinien ne distinguaient pas entre les deux espèces, et leur opinion prévalut. Les Proculien soutenaient que, dans le cas où c'était le *reus* qui avait succédé au fidéjusseur, l'obligation accessoire persistait, sans qu'il y eût à distinguer si elle était ou non *plenior*. L'intérêt de la question consistait, nous dit Julien (L. 14 Dig., De fidej.), en ce que, dans la doctrine sabinienne, l'exception qui pourrait être donnée au défendeur comme fidéjusseur, par exemple l'exception *pacti conventi*, ne pourra être opposée par lui, s'il est poursuivi comme débiteur principal, ou du moins que, s'il persiste à l'opposer,

il la verra paralysée par une *replicatio doli mali* ou une *replicatio in factum*.

Nous avons mentionné plusieurs fois déjà, dans le cours de ce travail, l'hypothèse où un fidéjusseur ayant garanti l'obligation contractée par un mineur de vingt-cinq ans, ce mineur avait obtenu du magistrat la *restitutio in integrum*. Nous avons décidé, dans le paragraphe précédent, que le fidéjusseur ne pourrait pas invoquer la *restitutio in integrum*, s'il était intervenu *cum contemplatione juris prætorii*, mais qu'il pourrait l'opposer au contraire, dans le cas où il aurait cautionné le mineur *sine contemplatione juris prætorii*.

Cette distinction une fois admise, supposons que le fidéjusseur devienne l'héritier du mineur de vingt-cinq ans, décédé avant l'expiration du délai de la *restitutio*. Laquelle de ces deux qualités, de celle de débiteur principal ou de fidéjusseur, prévaudra, laquelle des deux obligations, principale ou accessoire, survivra ? Pour décider cette question, il faut toujours considérer laquelle des deux obligations sera, suivant l'expression de Papinien, *plenior*. Si le fidéjusseur est intervenu *cum contemplatione juris prætorii*, son obligation est plus efficacement garantie vis-à-vis du créancier que celle du *reus*, car ce dernier peut invoquer le bénéfice prétorien de la *restitutio in integrum*, lequel bénéfice ne profite pas au fidéjusseur. Si, au contraire, le fidéjusseur a accédé à l'obligation principale *sine contemplatione juris prætorii*, alors, comme la *restitutio in integrum* devient un moyen de défense *rei cohærens*, et que l'*intercessor* peut s'en prévaloir aussi bien que le

reus, les deux obligations cessent d'être plus énergiquement sanctionnées l'une que l'autre, et nous rentrons dans la règle que, lorsque l'obligation principale et l'obligation accessoire se réunissent sur la même tête, l'obligation accessoire disparaît et est absorbée dans l'obligation principale. Telle est la double solution donnée par Papinien dans la loi 95, § 3 Dig., De solut.

Nous pensons avec M. Machelard (p. 255, note 2), qu'il n'est pas possible de révoquer en doute le fond de la décision donnée par Papinien. Il faut reconnaître seulement que notre texte contient une phrase d'une explication très difficile. La voici : « *Difficile* » *est dicere causam juris honorarii quæ potuit auxilio* » *minori esse, retinere fidejussoris obligationem quæ* » *principalis fuit et cui fidejussor is accessit, sine* » *contemplatione juris prætorii.* » Après avoir rapporté plusieurs des corrections proposées par les différents interprètes, M. Machelard propose de substituer le mot *cum* aux mots *et cui*. Papinien jusque là indiquerait la raison de douter, et qui peut faire considérer l'obligation du fidéjusseur comme principale ; il énoncerait ensuite la raison de décider, et de n'attribuer à cette obligation qu'un caractère accessoire, attendu qu'elle est intervenue *sine contemplatione juris prætorii*. Cette correction de M. Machelard est, de toutes, celle qui fait subir au texte le moins d'altérations, et à ce titre elle est déjà fort recommandable. Du reste elle donne au texte un sens fort acceptable.

Justinien vint introduire de nouveaux cas dans lesquels le fidéjusseur devait être libéré indépendamment du débiteur principal.

Il distingua d'abord deux classes de fidéjusseurs, ceux qui s'obligeaient *sine scriptis*, et ceux qui s'obligeaient *cum scriptis*. Les premiers étaient libérés au bout de deux mois, les autres restaient soumis aux règles ordinaires.

L'empereur décida plus tard que les fidéjusseurs obligés *sine scriptis*, qui avaient contracté leur engagement en présence des *tabularii*, continueraient d'être libérés au bout du mois, dans les affaires d'intérêt privé, mais que, dans les affaires d'intérêt public, ils seraient désormais placés sur la même ligne que les fidéjusseurs obligés *cum scriptis* (L. 27 Code, De fidej.)



CHAPITRE V

De quelques autres Intercessionones

§ I. — DU MANDATUM PECUNIÆ CREDENDÆ

Il y a *mandatum pecuniæ credendæ*, ou encore *mandatum qualificatum*, lorsque, sur l'ordre et aux risques et périls de Titius, Seius devient créancier de Mævius, en contractant avec lui et notamment en lui prêtant une somme d'argent.

Un pareil mandat paraît au premier abord se confondre avec un simple conseil, car il ne semble pas intéresser le mandant. Aussi Justinen (Inst., lib. III, tit. 26, § 6) nous dit-il que les jurisconsultes s'étaient divisés sur la question de savoir quel effet il fallait donner à un tel mandat. Gaius (Com. III, § 156) nous apprend que les Proculiens refusaient de le considérer comme obligatoire. Les Sabinien s'étaient d'avis contraire, ce fut leur opinion qui prévalut, au témoignage de Justinien. La doctrine sabinienne se fonde sur cette raison que le *mandatum pecuniæ credendæ* devient juridiquement valable, et par conséquent obligatoire pour le mandant, dès qu'il a été exécuté, par ce motif qu'alors le mandataire a le droit de se faire indemniser de tout le préjudice que lui cause

l'exécution du mandat. De plus, le prêt n'aurait probablement pas eu lieu, si le mandat n'était préalablement intervenu. Les jurisconsultes romains sont du reste unanimes à déclarer que, dans cette matière, on doit toujours se décider *ex fide bona* et d'après l'intention vraisemblable des parties.

Le motif qui avait fait triompher l'opinion des Sabinien, nous montre que ce mandat n'est qu'une espèce particulière d'*intercessio*, et peut être regardé comme l'équivalent, ou à peu près, d'une fidéjussion (L. 24 Dig., De fidej. et mand. ; L. 32 Dig., Mand.). Les compilateurs justiniens ont pensé de même, puisque, au Digeste et au Code, ils traitent dans un même titre des fidéjusseurs et des *mandatores pecuniæ credendæ*. L'empereur byzantin lui-même, dans la Nouvelle iv, procède de la même façon.

A. — Ressemblances avec la Fidéjussion.

1° Comme le fidéjusseur, le *mandator pecuniæ credendæ* intervient pour garantir la dette d'autrui. D'où il suit que, dans les deux cas, le prêteur a deux débiteurs : dans le mandat qualifié, l'emprunteur et le *mandator* ; dans la fidéjussion, le débiteur principal et le fidéjusseur.

2° Le *mandator*, tout comme le fidéjusseur, ne peut pas s'obliger *in durio rem causam* ; cependant, tandis que l'obligation du *mandator* qui excède l'obligation principale n'est pas nulle, mais seulement réductible, l'obligation du fidéjusseur est au contraire nulle pour le tout ; c'est du moins le système

généralement suivi (L. 22 Code, De fidej. et mand..)

3° Le sénatus-consulte Velleien s'applique à la fois au *mandatum pecuniæ credendæ* et à la fidéjussion, puisqu'il défend aux femmes tout acte d'*intercessio* sans aucune distinction (L. 2 Dig., Ad actum Vell).

4° Lorsque plusieurs *mandatores* sont intervenus à l'occasion d'une même dette, chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout, comme le pouvait l'être un fidéjusseur ; mais, depuis le rescrit d'Adrien, ils jouissent du bénéfice de division au même titre que que les cofidéjusseurs (L. 7 Dig., De fidej. et nom).

5° Le *mandator* qui a désintéressé le créancier, a, en principe, comme tout fidéjusseur, le droit de recourir contre le débiteur principal, par l'action *mandati contraria* ou par l'action *negotiorum gestorum* (L. 50 Dig., Mand.).

6° Enfin, le *mandator pecuniæ credendæ*, comme le fidéjusseur, peut être actionné par le créancier avant le débiteur, sans pouvoir écarter cette poursuite. Toutefois le bénéfice de discussion créé par Justinien lui fut appliqué de la même manière qu'au fidéjusseur (L. 56, princ. Dig., Mand.).

B. — Différences avec la Fidéjussion.

Si la fidéjussion et le mandat qualifié présentent une grande analogie, il serait cependant inexact de croire que la situation du *mandator* soit toujours juridiquement la même que celle du fidéjusseur. On peut, au contraire, relever entre eux des différences

assez considérables. Ces différences tiennent à deux causes : elles viennent, d'une part, de ce que le mandat est un contrat synallagmatique et de bonne foi, tandis que le fidéjusseur s'oblige par la stipulation, contrat unilatéral et de droit strict; elles viennent, d'autre part, de ce que la fidéjussion est un contrat accessoire, tandis que le *mandatum pecuniæ credendæ* est un contrat principal, entièrement distinct du contrat qui le réalise.

1^o Une première différence, d'où dépendent en quelque sorte les autres, est que la fidéjussion peut suivre ou précéder l'obligation principale, tandis que le mandat qualifié doit la précéder. Le *mandatum pecuniæ credendæ* ou, comme on l'appelle aussi, la lettre de crédit, doit nécessairement précéder le crédit : si je mandais à Pierre de prêter telle somme à Paul, et que la lettre lui parvînt après qu'il eût déjà de son chef déferé à la demande de Paul, et effectué le prêt, le mandat serait nul, faute d'objet: *quod factum est, fieri nequit* (L. 12, § 14 Dig., Mand.). Il est à remarquer que, dans le mandat qualifié, le prêteur n'est pas lui-même auteur du crédit qu'il accorde; l'auteur, c'est le mandant qui est responsable, et qui est tenu de l'action *mandati contraria*; si le prêteur était lui-même auteur du crédit, il ne saurait y avoir mandat.

2^o Le *mandatum*, étant un contrat consensuel, peut se former entre absents, entre sourds et muets, *per epistolam* ou *per nuntium*. La fidéjussion, étant au contraire un contrat *verbis*, exige que les parties soient présentes, et qu'elles puissent entendre et parler.

3° La nécessité de la *prædictio* organisée par la loi *Apuleia*, et la restriction de la loi *Cornelia*, qui furent étendues à la fidéjussion, ne s'appliquèrent jamais au *mandatum pecuniæ credendæ* (Gaius, Com. III, §§ 123 et 124.

4° La dette du fidéjusseur a le même objet que l'obligation principale, aussi le fidéjusseur qui paie le créancier, libère le débiteur *ipso jure*. Au contraire, la dette du *mandator* n'est pas de même nature que celle du débiteur, le *mandator* ne doit jamais qu'une indemnité; en conséquence, quand il désintéresse le créancier, il ne libère pas le débiteur de plein droit, ce dernier ne peut invoquer que l'exception de dol (L. 28 Dig., Mand. ; L. 95, § 1 Dig., De solut.).

5° Même avant Justinien, la règle que le créancier éteint son droit contre l'un des obligés en poursuivant l'autre, quoique applicable à la fidéjussion, ne concerne pas le *mandatum pecuniæ credendæ*. Il en résulte que le *mandator*, déjà condamné ou poursuivi, peut encore, même après la *litis contestatio*, demander au créancier la cession de ses actions contre le débiteur principal (L. 71, princ., Dig., De fidej. et mand.).

Modestin nous dit en outre que, si l'un de plusieurs *mandatores* a été poursuivi et condamné *in solidum*, lorsque le créancier intentera contre lui l'action *judicati*, ce *mandator* pourra exiger, outre la cession de l'action contre le débiteur, la cession des actions du créancier contre ses comandants (L. 41, § 1 Dig., De fidej. et mand.). Seulement, si l'un des comandants tenus *in solidum* a payé, spontanément et sans réserve, la totalité de la dette, tous les comandants sont évidemment libérés. En conséquence, le coman-

dant, qui a ainsi payé, pourrait encore se faire céder les actions du créancier contre le *reus*, mais non contre les *comandatores* (L. 76 Dig., De solut.).

Si, par sa faute, le créancier n'est plus en mesure de céder ses actions au fidéjusseur qui offre de le désintéresser, celui-ci, avons-nous vu, n'est nullement pour cela dispensé de payer. Il n'en est pas de même du *mandator*, qui peut se faire décharger lorsque le créancier est dans l'impuissance de faire une cession d'actions complète. Si donc le créancier a fait un *pacte de non petendo in personam* avec le débiteur, le *mandator* pourra refuser le paiement, tandis que le fidéjusseur ne pourrait se prévaloir de l'*exceptio pacti*.

6° Si la situation du *mandator* a jusqu'ici paru préférable, le fidéjusseur est, en revanche, plus facilement admis à se prévaloir des exceptions nées dans la personne du débiteur. Ainsi le *mandator* ne profite pas de la *restitutio in integrum* accordée au débiteur pour cause de minorité, eût-il ignoré l'âge de ce dernier. La raison de cette différence se trouve dans ce fait que, tandis que le fidéjusseur n'a fait qu'accéder à l'obligation principale, le *mandator* en a provoqué la naissance, il a pris l'initiative, « *adfirmator fuit et suasor*, » nous dit Ulpien dans la loi 13, princ., Dig., De minor.

7° Le jugement absolutoire obtenu par l'un des *mandatores* ne peut être invoqué par les autres, tandis que pareil jugement obtenu par un des fidéjusseurs peut être invoqué par les autres.

En définitive, le *mandatum pecuniæ credendæ*, quoique mieux organisé que la fidéjussion, ne saurait

néanmoins la remplacer dans tous ses usages. Car il est inapplicable aux dettes préexistantes ; et parmi les dettes futures, s'il exclut, comme la fidéjussion, les obligations à naître d'un délit, il exclut, de plus qu'elle, les obligations qui n'impliquent pas le consentement du créancier.



§ II. — DU PACTE DE CONSTITUT.

Le constitut est la convention par laquelle quelqu'un s'engage à payer à jour fixe une dette préexistante.

L'origine du constitut se trouve dans le *receptum* ou *receptitium*, ancienne espèce de contrat pratiquée entre les banquiers (*argentarii*) et leurs clients. Les banquiers ouvraient à leurs clients des crédits, et par suite des comptes actifs et passifs dont ils tenaient écriture ; ils payaient ou promettaient de payer pour eux. La promesse que faisait ainsi l'*argentarius* de payer à jour fixe dans les mains d'autrui ou pour autrui, se faisait par simple pacte, était déclarée obligatoire par le droit civil, et munie d'une action civile et perpétuelle, appelée *actio receptitia* (Inst. lib. iv, tit. 6, § 8 ; L. 2 Code, De const. pecun.).

Comment expliquer une si prodigieuse dérogation au principe fondamental du droit des obligations à

Rome, à savoir que le seul consentement n'oblige pas civilement ? La raison en est que la bonne foi présidait surtout aux relations avec les *argentarii*, aux conventions que l'on faisait avec eux ; de là l'absence des témoins, de paroles sacramentelles et de toutes les solennités ordinairement usitées. Il est d'ailleurs à remarquer qu'à toutes les époques et chez tous les peuples, les entreprises commerciales ont toujours eu une tendance à se soustraire au formalisme trop rigoureux des lois civiles. A Rome, les *argentarii* formaient une corporation puissante, et c'est en raison de la confiance qu'ils inspiraient, des grands services qu'ils rendaient aux particuliers et à l'Etat, que le législateur les avait soumis à des règles exceptionnellement favorables.

La créance qui naissait du *receptitium* avait pour caractère de n'être possible qu'envers les banquiers, de n'exiger aucune dette préexistante, ni du client envers le banquier, ni du banquier envers le client ou le tiers qui recevait la promesse ; enfin de s'appliquer à tout objet susceptible de stipulation, bien qu'en pratique elle portât de préférence sur de l'argent.

En un mot, le *receptitium* était une manière, soit d'ouvrir un crédit, soit de mettre à la disposition d'un client des fonds qu'un banquier avait reçus pour son compte.

Tel était le droit civil : le prêteur crut devoir généraliser cette institution et la mettre à la portée de tous. Il déclara donc que, dans le cas où une personne aurait, même par simple pacte, fixé un jour

pour le paiement d'une dette, cette convention serait obligatoire. De même que *recipere* signifiait recevoir jour pour le paiement, de même *constituere* signifia donner jour pour le paiement.

Le pacte de constitut n'est donc que le *receptitium* élargi d'une part dans ses applications, mais resserré de l'autre dans certaines limites. Ainsi il se forme par le simple consentement de parties capables, il suppose une dette préexistante non paralysée par une exception ; à l'origine on exigeait une identité complète d'objet entre la dette antérieure et le constitut ; celui-ci ne peut donc porter que sur des choses fongibles. Enfin le constitut produit une action, dite de *pecunia constituta*, qui est tantôt perpétuelle, tantôt annale dans certains cas inconnus (L. 1, § 7, L. 3, § 2 Dig., De pecun const.).

Justinien supprime le *receptitium* et le fond avec le constitut. Désormais, par un mélange des caractères précités, l'action de *pecunia constituta* pourra naître contre toute personne capable ; elle suppose une dette préexistante. On ne recherche plus à propos de quelle dette le constitut intervient ; eût-il pour objet un immeuble, le constitut n'en sera pas moins valable. Il est probable que cette règle est antérieure à Justinien, et date de l'époque où le constitut ne porta plus nécessairement sur le même objet que la dette antérieure. Enfin l'action née de ce pacte est toujours perpétuelle (L. 2 Code, De const. pecun.).

Le constitut présente avec le paiement des analogies et des différences frappantes.

1° RESSEMBLANCES. — 1° De même qu'il n'y a pas

de paiement sans dette valable, de même, avons-nous dit, il n'y a pas de constitut sans obligation antérieure. Toute obligation civile, prétorienne, naturelle, peut servir de base à un constitut comme à un paiement.

2° Le paiement indû donne lieu à la *conditio indebiti*, de même le constitut fait par erreur n'est pas valable.

3° Le paiement peut être fait par le débiteur ou par un tiers ; le constitut peut aussi intervenir entre le créancier et le débiteur, ou entre le créancier et un tiers.

4° De même qu'on peut, avec l'assentiment du créancier, payer autre chose que ce qui est dû, de même l'objet du constitut peut différer de celui de l'obligation primitive.

5° On peut payer valablement au créancier ou à son fondé de pouvoirs. Le constitut peut être fait aussi avec le créancier ou un mandataire spécial, il ne pourrait avoir lieu avec un simple *adjectus solutionis gratia*.

2° DIFFÉRENCES. — 1° On ne comprend pas qu'un terme puisse affecter un paiement ; or le terme est de l'essence du constitut.

2° Le paiement éteint l'obligation primitive, le constituant vient la fortifier.

3° Payer la dette d'autrui, n'est pas toujours *intercedere*, le constituant *pro alio* est toujours un *intercessor*.

Voyons maintenant qu'elle est l'utilité du constitut. Le débiteur du constitut promettait, par ce pacte prétorien, de payer sa propre dette ou celle

d'autrui. Aussi distingue-t-on deux sortes principales de constitut, le *constitutum proprii debiti* et le *constitutum alieni debiti*.

A. — *Constitutum proprii debiti*.

Ce constitut présente un avantage évident dans le cas où la première dette n'était que naturelle, et provenait par exemple d'un simple pacte. Alors, suivant la remarque de nos anciens auteurs, et conformément à la doctrine généralement admise, deux pactes réunis produisent une action, ce que chacun d'eux n'aurait pu faire séparément. La raison en est peut-être que nul doute ne plane ici sur le consentement des parties, car le pacte de constitut s'explique et se justifie par le pacte antérieur (L. 1, § 7 Dig., De pecun. const.).

Dans l'hypothèse où la première dette était déjà munie d'une action civile ou prétorienne, le *constitutum proprii debiti* a parfois d'autres avantages. Il permet notamment de conserver un droit temporaire qui allait s'épuiser, de changer le lieu du paiement, de rapprocher ou de reculer le terme. Aux yeux des Romains, la principale utilité du constitut était précisément de modifier l'époque du paiement. Il en résulte que tout constitut doit fixer une date pour l'exécution, et l'on n'admet que par bienveillance la validité d'un constitut fait sans désignation de jour. Justinien y insère alors un terme tacite de dix jours (L. 21, § 1 Dig., De pecun. const.)

Le constitut intervenu sur une dette conditionnelle dépendait toujours, dans le droit classique, de la

même condition. Justinien permit plus tard aux parties de le faire pur et simple (L. 19 Dig., De pecun. const.; L. 2 Code, De const. pecun.).

Le *constitutum proprii debiti*, lorsqu'il porte sur l'objet de la dette antérieure, est analogue au paiement, il ressemble à la dation en paiement dans le cas contraire. Par conséquent, fait avec l'un des *correi stipulandi*, il éteint le droit des autres. Mais cet effet extinctif ne se produit que *jure prætorio*, et la dette antérieure reste vivante au point de vue civil. S'il est donc possible d'établir que le créancier a voulu seulement se réserver le choix entre l'action primitive et l'action de constitut, ou que le débiteur a voulu garder la faculté de payer l'une ou l'autre dette à son gré, rien ne s'oppose à la validité de pareilles volontés. La question est toute de fait; c'est d'après l'intention des parties que le constitut ajoute ou substitue une nouvelle dette à l'ancienne (L. 7, § 1, L. 8, L. 10, L. 25 Dig., De pecun. const.; L. 59 Dig., De solut.).

Le *constitutum proprii debiti* a lieu parfois en faveur d'un nouveau créancier. L'opération ressemble alors à l'*adstipulatio*, si le nouveau créancier n'a d'autre mandat que de s'adjoindre au précédent; elle a trait à la novation, si le débiteur lui a été délégué, ou s'il a le pouvoir de disposer de la créance en qualité de mandataire, tuteur ou curateur.

B. — Constitutum alieni debiti.

Faire le pacte de constitut à propos de la dette d'autrui, c'est faire acte d'*intercessor*. Ce constitut

peut ressembler à une *expromissio* ou à la fidéjussion.

Il ressemble à l'*expromissio*, lorsque le nouveau débiteur a voulu s'obliger à la place de l'ancien. Mais le constitut a l'avantage de ne lier le constituant qu'en supposant l'existence et la validité de la première dette (L. 28 Dig., De pecun. const.).

Il équivaut à la fidéjussion, lorsque le nouveau débiteur a voulu s'obliger à côté de l'ancien. Le constitut *pro alio*, comme la fidéjussion, peut avoir pour base une obligation naturelle. C'est ainsi que le constituant peut valablement cautionner l'obligation contractée par un pupille *sine tutoris auctoritate*, pourvu qu'il agisse *cognita causa*. De même, à notre avis, un tiers peut s'engager à rembourser l'emprunt contracté par un fils de famille au mépris du Macédonien. Si même il est intervenu autrement que *animo donandi* ou *invito debitore*, il pourra invoquer du chef du fils de famille l'exception tirée du sénatus-consulte.

La femme ne pourrait s'engager au moyen du constitut, car toute *intercessio* lui est interdite par le sénatus-consulte Velleien.

Examinons maintenant les différences principales qui existent entre la fidéjussion et le pacte de constitut.

1° La fidéjussion requérait la stipulation, elle ne pouvait donc avoir lieu tacitement *inter absentes*, *per epistolam* ou *per nuntium*. Cependant la loi 4, § 3 Dig., De fidej. et nom. nous fournit l'exemple d'un cautionnement tacite admis en faveur d'un pupille. Si, dit cette loi, les personnes que les tu-

teurs ont désignées pour leurs cautions, ont été présentes, et que leurs noms aient été portés sur l'acte dressé, sans qu'elles aient formé opposition, elles seront obligées comme cautions, sans qu'aucune stipulation soit intervenue. — Le constitut, au contraire, avait lieu par simple pacte ; il ne requerrait que le consentement exprès ou tacite.

2° Tandis que les poursuites dirigées contre le *reus* libéraient le fidéjusseur avant Justinien, celles intentées contre le débiteur principal ne libéraient pas le constituant.

3° La fidéjussion avait pour but unique la sécurité du créancier. Dans le constitut, cette sécurité était aussi le but principal, mais le constitut pouvait en outre avoir pour objet de procurer au créancier certains avantages relatifs soit à l'objet, soit au lieu du paiement (Comp. Glück, Pand., xiii, p. 392).

D'après cela, le constitut pouvait avoir pour objet une chose autre que la chose due, puisqu'on peut, du consentement du créancier, lui payer utilement autre chose que celle qui lui est due, donc aussi promettre de lui payer autre chose (L. 25 Dig., De pecun. const.). Mais quand le constitut avait pour objet une plus grande somme ou quantité que celle due *principalement*, il n'y avait obligation qu'à concurrence du principal (L. 11, § 1, Dig., De pecun. const.).

En second lieu, le constitut pouvait procurer au créancier un avantage, quant au temps et au lieu ; ce qui était dû à terme pouvait être constitué purement et simplement (L. 4 Dig., De pecun. const.),

ce qui était dû dans tel lieu pouvait être constitué dans tel autre.

Dans la fidéjussion, au contraire, le créancier ne pouvait réaliser aucun autre but que celui de la sécurité de sa créance. C'est pourquoi la fidéjussion était nulle quand le fidéjusseur promettait une chose autre que celle qui était due principalement, elle était nulle toutes les fois que le fidéjusseur s'était engagé *in duriolem causam*. Le constitut contracté *in duriolem causam re* était simplement réductible à la mesure de l'obligation principale.

Si la dette est affectée d'une condition unique, et que le constitut soit affecté de cette condition ou d'une autre, il est fait *in duriolem causam*, et doit être ramené aux limites de la dette, ce qui veut dire qu'on ne doit tenir compte que de la condition commune. Au contraire, pour la fidéjussion, nous avons vu plus haut que Gaius proposait soit de déclarer la fidéjussion nulle *ab initio*, soit d'attendre pour voir laquelle des deux conditions, de la condition commune ou de l'autre, s'accomplirait la première, afin de ne statuer qu'ensuite sur le sort de la fidéjussion.

Si la dette principale n'est affectée que d'une condition, le constitut affecté de la même condition et d'une autre est valable ; il en est de même pour la fidéjussion. Mais qu'arrivera-t-il si la dette principale est soumise à une condition, et que le constitut soit soumis à une condition différente ? Si la condition de la dette principale se réalise la première, les choses se passent comme si dès le début la dette avait été pure et simple, et le constitut conditionnel. Nous avons encore donné la même solution pour la

fidéjussion. Mais si la condition du constitut s'accomplit la première, tout se passe comme si *ab initio* la dette avait été conditionnelle, et le constitut pur et simple. L'effet du constitut sera dès lors subordonné à la condition qui suspend la dette. Nous avons vu que dans ce dernier cas la fidéjussion serait nulle (L. 70, § 1 Dig., De pecun, const.).

4° Si l'obligation principale est alternative au choix du débiteur, et que le constitut soit alternatif à l'égard du créancier, il est valable, la fidéjussion serait nulle.

La loi 25 Dig., à notre titre, nous apprend qu'au cas où deux choses sont dues sous une alternative, le débiteur qui fait le pacte du constitut relativement à l'une, cesse de devoir l'autre.

Notons encore que le constitut n'était pas soumis aux limitations de la loi *Cornelia*, ni à la *prædictio* de la loi *Apuleia*.

Le bénéfice de cession d'actions est commun au fidéjusseur et au constituant. Dans le cas où le constitut était fait par plusieurs personnes, elles étaient bien tenues *in solidum*, comme des fidéjusseurs; mais il ne paraît pas que le bénéfice de division leur appartint dans le droit classique. Justinien le leur accorda, ainsi que le bénéfice de discussion (L. 3 Code, De const. pecun.; Nov. cxxxvi, chap. 1).

Terminons en disant qu'en matière de constitut, la procédure *per sponsionem* était imposée aux parties; la *sponsio* était bilatérale, pénale et de la moitié de la valeur du litige.



§ III. — DE L'INTERCESSIO DE LA FEMME
ET DU SÉNATUS-CONSULTE VELLEIEN.

On sait qu'au temps de l'empereur Claude, les femmes qui n'étaient pas sous la puissance de leur père ou de leur mari, qui n'avaient pas reçu d'eux un tuteur testamentaire, se sont trouvées sous la puissance de leurs agnats. On sait aussi que déjà au temps de Cicéron, les femmes sorties de puissance avaient pu, au moyen d'un mariage *per coemptionem* en forme de vente, se dérober aux embarras de la tutelle en acquérant un *tutor fictitius* qu'elles se choisissaient elles-mêmes, en se plaçant en quelque sorte, comme le dit Cicéron, sous leur propre tutelle. A une époque où les mœurs s'étaient relâchées et où la cupidité était grande, cet état de choses a dû gravement compromettre la fortune des femmes, qui, durant tout le temps qu'elles étaient sous tutelle, n'ont pu s'obliger sans l'*auctoritas* de leurs tuteurs.

Ce fut pour remédier à ce mal et pour venir en aide à la faiblesse des femmes, que l'an 46 de l'ère chrétienne, deux consuls dont les noms sont restés obscurs, Marcus Silanus et Velleius Tutor, firent voter par le sénat une loi que l'histoire a laissée dans l'ombre, mais qui eut une influence considérable. Cette loi frappait les femmes d'une incapacité nouvelle dans certaines transactions civiles : c'était le sénatus-consulte Velleien. Le sénatus-consulte, tout en laissant aux femmes la libre

disposition et administration de leurs biens, la liberté générale de s'obliger et de contracter, a voulu au moins qu'elles ne pussent s'obliger que lorsqu'elles contracteraient étant mues par leur propre intérêt, fût-ce même par l'intérêt ou le désir de faire une donation. Mais le sénatus-consulte leur a aussi interdit de s'obliger pour autrui, ou dans l'intérêt d'un tiers. En un mot, il leur interdit d'intervenir, *intercedere*.

Déjà du temps d'Auguste, il avait été défendu aux femmes d'intervenir pour leurs maris, le sénatus-consulte ne fait qu'étendre cette défense. Schulting a démontré le premier que ce sénatus-consulte a été rendu sous le règne de Claude, le même qui a aboli la tutelle perpétuelle des femmes, et cette coïncidence est remarquable; elle prouve bien que le sénatus-consulte avait pour objet de suppléer à une institution qui autrefois, dans un intérêt de famille, avait protégé la femme. Il a été porté dans un intérêt d'ordre public; non seulement la famille de la femme, mais l'Etat même était intéressé à ce que les femmes conservassent leur fortune, afin qu'elles pussent se constituer une dot, car une femme sans dot était *illocabilis*; elle ne pouvait, disent les écrivains de cette époque, trouver à se marier, et, au commencement de l'Empire, toutes les lois tendaient à favoriser le mariage.

De plus, la loi, 1, § 1 Dig., ad sctum Vell., prouve que le législateur a voulu écarter autant que possible les femmes des affaires civiles.

Les femmes, avons-nous dit, ne peuvent s'obliger

pour autrui, telle est l'unique disposition du sénatus-consulte. On va voir que cette disposition est loin d'être aussi simple qu'elle le semble au premier abord.

La femme s'oblige pour autrui, ou, suivant l'expression technique, elle intercède, lorsque, allant trouver un débiteur, elle se joint à lui pour partager la charge de sa dette, ou se substitue à lui pour le libérer (L. 4 Code, ad scutum Vell.). Dans les deux cas, la femme vient s'immiscer dans une obligation préexistante ; mais il peut arriver aussi que son engagement constitue une *intercessio* sans se rattacher à aucune obligation antérieure. Il en sera ainsi dans l'hypothèse suivante : Seius, qui a besoin d'argent, demande à Titius de lui en prêter ; Titius hésite, il a des doutes sur la solvabilité de Seius, lorsqu'une femme intervient, et, prenant à sa charge les risques de l'insolvabilité de Seius, emprunte elle-même de Titius, pour faire passer ensuite à Seius les deniers empruntés (L. 8, § 14 Dig., ad scutum Vell.). En ce cas, la femme seule s'est obligée ; son obligation est, en apparence, un acte isolé, indépendant ; mais au fond c'est une *intercessio*, et il en est de même dans tout contrat où c'est la femme qui s'oblige, tandis que c'est un tiers qui retire tout le profit. En un mot, la femme intercède, tantôt en prenant à sa charge une obligation préexistante, tantôt en créant une obligation nouvelle (L. 8, § 1 Dig., ad scutum Vell.). Ce sont ces deux formes d'*intercessiones* que distingue le sénatus-consulte par ces mots : « *Fidejussiones et mutationes pro aliis.* » (L. 2, § 1 Dig., eod. tit.).

L'*intercessio* peut donc revêtir les formes les plus variées, et pour savoir si un acte contient ou non une *intercessio*, il ne faut pas s'arrêter à la forme, il faut pénétrer jusqu'au fond même de l'acte, et découvrir par l'analyse s'il réunit en lui tous les éléments constitutifs de l'*intercessio* prohibée. Examinons rapidement ces éléments.

1° Il faut avant tout que la femme s'oblige. — Si, au lieu de s'obliger pour autrui, elle aliène en faveur d'autrui, le sénatus-consulte ne s'applique plus, car « *facilius se obligat mulier quam donat.* » Mais ici encore la règle est plus facile à poser qu'à appliquer. Ainsi une femme, qui a sur le bien de son débiteur une première hypothèque, se retire pour laisser monter au premier rang le créancier hypothécaire inférieur. L'acte est-il nul ou valable? La femme a-t-elle intercédé ou aliéné? Elle a aliéné, répondent Ulpien et Africain (L. L. 8 et 17, § 1 Dig., ad scutum Vell.), si elle a complètement abandonné son hypothèque; elle a intercédé, au contraire, si, sans renoncer à son hypothèque, elle s'est seulement démise de son rang au profit du créancier inférieur.

2° Il ne suffit pas que la femme s'oblige, il faut de plus qu'elle s'oblige pour autrui. — Si, en s'engageant, ce n'est point l'obligation d'autrui qu'elle a transportée à sa charge, elle est liée; car elle n'est point incapable de s'obliger, mais seulement d'intercéder. Prenons encore un exemple. Un tuteur allait mettre en vente certains biens de son pupille sujets à dépérissement; la mère du pupille, désirant que ces biens fussent conservés, est venue prier le tuteur de ne les point vendre, en lui promettant de l'in-

demniser si plus tard il était poursuivi comme ayant mal géré. C'est ce qui arrive en effet, le tuteur est condamné et recourt contre la mère. Pourra-t-elle s'abriter derrière le sénatus-consulte? Nullement, car elle n'a point intercédé. Sans doute elle s'est obligée, et obligée au profit du tuteur; mais l'obligation qu'elle a assumée, ce n'est pas l'obligation même qui incombait au tuteur, c'est une obligation toute nouvelle et qu'elle seule a créée, par un contrat spontané et indépendant: « *nullam obligationem nem recipit, sed ipsa fecit hanc obligationem* » (L. 8, § 1 Dig., ad scutum Vell., L. 22 Code, eod. tit.; Paul, Sent. II, 11, § 2.). Elle aurait intercédé pour le tuteur, si elle s'était engagée envers le créancier du tuteur, c'est-à-dire envers le pupille; mais comment aurait-elle intercédé pour le tuteur en s'obligeant vis-à-vis du tuteur lui-même? (L. 19 Dig., ad scutum Vell.; L. 71 Dig., De fidej.; Comp. Cujas, Recitat. ad legem 8, § 1 Dig., ad scutum Vell., t. IV, col. 245, édit. Fabrot.).

3° Il faut que la femme s'oblige dans l'intérêt d'autrui. — Si, en s'obligeant pour autrui, elle retire de cet acte quelque profit personnel, elle n'intercède pas, car intercéder c'est gérer l'affaire d'autrui, ce n'est point gérer sa propre affaire. On formule d'ordinaire cette maxime en disant que la femme est liée toutes les fois qu'elle a reçu le prix de son *intercessio* (L. L. 27, § 2, 8, § 2, 17, 24 Dig., ad scutum Vell.; L. L. 2, 6 Code eod. tit.).

Il se peut que la femme ait eu en vue en même temps son intérêt propre et l'intérêt d'autrui, qu'elle se soit engagée pour sa propre affaire jusqu'à due

concurrence, et en faveur d'autrui pour le surplus : en ce cas son engagement n'est valable que pour partie. C'est ce qui a lieu souvent quand la femme s'engage comme codébitrice solidaire.

4° Il faut enfin que l'acte de la femme, bien qu'accompli dans l'intérêt d'autrui, ne constitue pas une donation. — Pour que l'*intercessio* dégénère en donation, il ne suffit pas que la femme agisse dans un esprit de libéralité et de bienfaisance, il faut qu'il y ait donation réelle, c'est-à-dire appauvrissement de la femme, enrichissement de celui pour qui elle intervient. Ainsi la femme intercède plutôt qu'elle ne donne, lorsqu'elle s'entremet comme caution, renonçât-elle à tout recours contre le débiteur qu'elle cautionne ; ici, en effet, elle n'enrichit pas le débiteur qui reste soumis à la dette, et, si elle s'appauvrit en un certain sens, du moins entend-elle ne point s'appauvrir, car, en s'adjoignant au débiteur principal, elle veut lui faire part de son crédit et non de sa bourse. Supposez, au contraire, que s'obligeant à la place d'un ami, elle le libère gratuitement de sa dette, qu'empruntant dans l'intérêt d'un tiers, elle lui abandonne gratuitement les deniers empruntés ; dans ces deux cas elle n'intercède plus, elle donne, car l'enrichissement pour le tiers, l'appauvrissement pour elle, sont, l'un comme l'autre, actuels et certains.

Peut-être se demandera-t-on comment, dans ces deux cas, une *intercessio* peut s'imaginer, car de deux choses l'une : ou la femme agit gratuitement, et alors elle n'intercède pas, elle donne ; ou elle ne contracte que moyennant une indemnité, et ici

encore elle n'intercède pas, car elle fait sa propre affaire. Quand donc peut-il y avoir *intercessio*? C'est quand celui dans l'intérêt de qui la femme intervient, au lieu de lui payer une indemnité, au lieu de recevoir d'elle une libéralité, s'oblige simplement envers elle à l'indemniser du dommage qu'elle éprouvera. Dans ce cas, en effet, la femme ne donne rien ni ne reçoit rien, elle ne réalise ni perte ni acquisition actuelles, elle s'oblige et on s'oblige envers elle. La jurisprudence a voulu mettre un frein à l'entraînement si facile des femmes vers de tels actes. Là est la véritable *intercessio* prohibée par le Velleien.

Notre sénatus-consulte ne frappe pas l'*intercessio* de la femme par une prohibition directe, mais c'est par une sorte de détour qu'il l'atteint : « *Le sénat* » *estime que les magistrats agiront sagement et régulièrement s'ils donnent leurs soins à ce que ses intentions soient observées.* » Ce n'était pas là cependant un simple conseil, car le sénat, simple corps consultatif à l'origine, avait continué par tradition de donner sous forme d'avis et de vœux ses décisions qui étaient maintenant des ordres. La prohibition du sénatus-consulte était absolue, elle ne laissait même pas subsister une obligation naturelle.

De ce que l'exception était accordée et dans l'intérêt de la femme et dans un intérêt public, il suit qu'elle pouvait être invoquée non seulement par la femme et par ses héritiers, mais encore par ceux-là même qui, sans avoir eu mandat, s'étaient constitués cautions, ou avaient donné des garanties réelles pour la personne qui avait intercédé. Cette question, ainsi que l'atteste la loi 16, § 1 Dig., ad

sectum Vell., avait été autrefois l'objet d'une controverse. Le jurisconsulte Cassius, partant de ce principe que le sénatus-consulte avait seulement voulu protéger les intérêts de la femme, avait pensé que la caution n'avait pas le droit d'invoquer le bénéfice, au moins toutes les fois qu'elle n'avait pas de recours contre la femme et partant qu'elle ne pouvait l'invoquer lorsqu'elle n'avait pas reçu mandat à l'effet de se porter caution. Mais Julien pense que la caution, alors même qu'elle n'aurait pas de recours contre la femme, doit avoir l'exception, *quia totam obligationem senatus improbat*.

Si la femme donne mandat à un tiers à l'effet de se porter caution pour un débiteur, il faut, pour savoir si ce mandataire peut invoquer l'exception du sénatus-consulte, distinguer si le créancier a su que le tiers qui a été caution pour le débiteur, avait reçu mandat d'une femme, ou s'il a ignoré ce fait. Au premier cas, le mandataire pourra invoquer l'exception du sénatus-consulte, car la femme, par cela seul qu'elle a donné mandat, a intercedé. Si le créancier n'a pas eu connaissance du mandat donné par la femme, le mandataire pourra être repoussé dans son exception du sénatus-consulte par l'exception de dol. C'est pourquoi le même mandataire, s'il a payé comme caution, n'aura pas de recours efficace contre la femme, car ayant nécessairement su que la femme intervenait par cela qu'elle lui a donné mandat, il sera repoussé par la même exception. Mais il aura l'action *negotiorum gestorum* contre le débiteur principal dont il aura payé la dette.

L'exception du sénatus-consulte Velleien est une des exceptions que l'on appelle privilégiées, parce qu'elles peuvent être opposées même après que le jugement est intervenu et passé en force de chose jugée.

Il y a plus : le sénatus-consulte Velleien ne se borne pas à défendre la femme par voie d'exception ; il lui accorde, alors qu'elle a déjà payé, la *condictio indebiti*, pourvu qu'elle ait payé en ignorant son droit. Si elle avait payé sachant qu'elle ne devait pas, elle serait censée avoir renoncé à son droit : *Ignoranti, non vero scienti, indebiti condictio competit* (L. 40 Dig., De condict. indeb. ; L. 9 Code, ad setum Vell.). Elle ne serait pas censée avoir donné, mais elle pourrait intenter l'action *mandati* contre le débiteur principal (L. 31 Dig., ad setum Vell.).

Si le gage que la femme a donné, a été vendu par le créancier, elle pourra le revendiquer contre le tiers, car la constitution de gage ayant été de nul effet, il est impossible que la vente faite par le créancier ait eu quelque résultat, ait dépouillé la femme de sa propriété (L. 39, § 1 Dig., De rei vind. ; L. 7 Code, L. 32, § 1 Dig., ad setum Vell.). Il en est de même lorsque la femme qui a intercédé, a vendu l'objet hypothéqué au créancier pour compenser le prix avec la dette ; en ce cas elle pourra également revendiquer cet objet, dit la loi 32, § 2 Dig., à notre titre, et si on lui oppose l'exception *rei venditæ et traditæ*, elle répliquera par l'exception du sénatus-consulte. Il faut pour cela supposer que la femme, ayant fait tradition d'un fonds italique, en avait retenu le domaine quiritaire. Si le créancier avait

acheté la chose par un entremetteur, la femme pourrait aussi revendiquer le fonds vendu, d'après la même loi 32; d'où il suit que si la femme, pour se libérer d'un cautionnement, vendait à un tiers, la vente serait valable (Glück, Pand. xiv, p. 461).

La nullité de l'*intercessio* de la femme laisse au créancier le droit de poursuivre celui pour lequel elle est intervenue, si ce dernier a été obligé et est resté obligé. S'il n'a jamais été obligé, le créancier intentera contre lui l'action qu'il eût intentée contre la femme, comme par exemple, si la femme a contracté un emprunt pour faire un prêt à Titius, le créancier intentera contre Titius l'action *quasi ex mutuo*, ou l'action *quasi ex stipulatu* (L. 8, § 14 Dig., ad scum Vell.).

Si celui pour lequel la femme est intervenue, était obligé, mais a été libéré par l'intervention de la femme, le créancier est restitué dans l'action qu'il avait contre lui, et contre les cautions et les détenteurs des biens donnés en garantie. L'action prend alors le nom de *restitutoria* ou *rescisoria*, parce que l'obligation créée par l'intervention de la femme est rescindée, et que l'ancienne obligation est restituée dans tous ses effets.

La règle du sénatus-consulte est donc absolue. Si elle ne reçoit pas d'exception proprement dite, elle reçoit des limitations fondées sur la nature même des choses et sur l'intention et le but du législateur. Elle cesse de s'appliquer, par exemple, dès que l'*intercessio* a une juste cause, et que la femme en intercédant ne fait qu'accomplir un devoir, par exemple si une femme engage son crédit pour pro-

curer une dot à sa fille, si elle intervient dans un procès pour défendre son mari malade ou absent.

L'application du Velleien cesse également lorsque la femme se rend coupable d'un dol : « *le sénatus-consulte*, dit Ulpien, *subvient à celles qui sont trompées, non pas à celles qui trompent* » (L. 2, § 3 Dig., ad scutum Vell.). La femme commet un dol, non seulement lorsqu'elle abuse le créancier par ses manœuvres, mais encore lorsque, instruite elle-même du bénéfice qui la protège, elle le laisse ignorer au créancier : la réticence ici équivaut au mensonge (L. 30 Dig., eod. tit.).

La femme peut-elle renoncer au bénéfice du sénatus-consulte ? Peu de questions ont été aussi controversées. Certains auteurs soutiennent l'affirmative, et nous avons nous-même cité un cas où cette renonciation semble présumée ; nous inclinons toutefois vers la négative qui nous semble plus logique. En effet, nulle personne incapable ne peut, par sa propre volonté, s'attribuer une capacité que la loi lui dénie ; une loi qui intéresse l'ordre public et les bonnes mœurs est au-dessus de toutes les conventions contraires. De plus, la prohibition du Velleien est absolue, elle frappe tout acte par lequel la femme cherche indirectement à l'éluder, *omnia quæ in fraudem senatus consulti excogitata probari possunt* (L. 29, § 1 Dig., ad scutum Vell.). Du reste, la disposition du sénat eût été bien illusoire, si le législateur eût autorisé d'un côté ce qu'il défendait de l'autre.

Tel était le droit classique. Justinien distingue entre l'*intercessio* de la femme au profit du mari et l'*intercessio* au profit d'un tiers.

Si la femme s'est obligée pour un tiers, Justinien maintient l'obligation, pourvu qu'elle ait une juste cause, ou que la femme ait la volonté sérieuse de s'obliger. Ainsi l'*intercessio* sera valable si la femme l'a réitérée deux ans plus tard, si la femme déclare qu'elle a reçu quelque chose pour prix de son intervention, ou enfin si celle-ci est faite par acte public (L. L. 22, 23, § 2, 24, 25 Code, ad scutum Vell.).

L'empereur maintient la prohibition absolue de l'*intercessio* de la femme au profit du mari. Il n'admet, dans la Novelle cxxxiv, cap. 8, qu'une seule exception : c'est lorsqu'il est clairement démontré que l'argent a été employé dans l'intérêt de la femme.

Ajoutons que sous Justinien et quelques-uns de ses prédécesseurs, la jurisprudence admit la validité des renonciations au sénatus-consulte Velleien.

Le sénatus-consulte Velleien avait été rendu à une époque de corruption pour opposer une digue à l'envahissement de la débauche, en réprimant l'indépendance des femmes et en diminuant leurs droits. Quand le Christianisme eût relevé la dignité de la femme en épurant les mœurs, l'ancien sénatus-consulte fit place à une nouvelle loi Velleienne, où l'incapacité de la femme eut sa source, non plus dans son sexe, mais dans sa qualité de femme mariée, et qui eut pour fondement l'intérêt de la famille à la place de l'ordre public. Ainsi modifiée dans son but et dans ses effets, la nouvelle loi Velleienne s'est répandue dans tous les pays de l'Europe, et nous verrons qu'en France elle a eu dans notre ancien droit une influence considérable.



DEUXIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

DU CAUTIONNEMENT

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

Notre ancienne jurisprudence, comme notre Code civil, n'ayant fait en cette matière qu'amender et compléter les règles du droit romain, nous ne donnerons, dans cette deuxième partie, qu'un aperçu très sommaire de ce qu'était le cautionnement dans notre ancienne France, réservant les plus amples développements pour l'exposé de notre législation actuelle. De plus, pour éviter des redites inutiles et même inévitables, nous n'y traiterons que des points étrangers à la fois au droit romain et à notre code civil.

Le cautionnement portait dans notre ancien droit

le nom de *pleigerie* (*plivium*) ou *plégerie*, ou bien encore de *pleuvine* ou *plévine*. Le fidéjusseur était appelé *pleige* ou *plège* (*plegius*), quelquefois aussi *cauxion*.

Le cautionnement était, alors comme aujourd'hui, conventionnel, légal ou judiciaire, suivant qu'il résultait de la convention, de la loi ou de l'ordre du juge.

Dans les coutumes où domine l'élément celtique, telles que les coutumes de Bretagne, d'Artois, de Flandre et du Hainaut, le nom de *plège* est presque exclusivement réservé à la caution judiciaire.

A l'époque franque, le mot *cautio* désigne non seulement ce que les Romains appelaient *satisfactio*, c'est-à-dire l'intervention d'un ou plusieurs obligés accessoires venant garantir l'exécution de l'obligation principale, mais encore toute espèce de sûreté donnée pour mieux assurer l'acquittement de la dette, que cette sûreté soit conférée par des personnes étrangères à l'engagement primitif ou par le débiteur lui-même. Tel était aussi le sens du mot *cautio* (*cavere*) en droit romain. C'est ce que font remarquer Bignon, dans sa note sur la formule 25 du livre II de Marculfe, et Canciani (*Barbarorum leges antiquæ*, note 2, eod. loc.). Cela résulte aussi de quatre autres formules de *cautiones* citées par M. de Rozière dans son Recueil général des formules, sous les numéros 369, 371, 375 et 377.

Les lois salique et ripuaire sont muettes sur la fidéjussion, qui est au contraire mentionnée dans les lois des Lombards et des Burgondes.

La loi des Burgondes ou loi Gombette contient à

ce sujet des dispositions fort curieuses (Canciani, tome iv, p. 19). Le fidéjusseur a le droit de requérir d'abord la discussion du débiteur principal. Si le débiteur ne peut payer, le fidéjusseur l'appréhende et le conduit chez le créancier, qui le garde en servitude. La caution ne doit donc acquitter l'obligation que lorsque le débiteur n'a payé ni de son argent, ni de sa personne.

Si le créancier s'est fait désintéresser par le fidéjusseur, celui-ci aura trois mois pour intenter contre le débiteur une action en restitution du triple du montant de l'obligation primitive.

Canciani cite encore (t. iii, p. 69) un Capitulaire de Charlemagne, dont le chapitre 27 traite des fidéjusseurs. Ce chapitre vise le cas où un débiteur ne peut acquitter son obligation, et dispose que si ce débiteur ne peut trouver de fidéjusseur, ses biens seront mis sous séquestre jusqu'à ce qu'il puisse en présenter un.

Le Capitulaire ajoute que si, malgré le séquestre de ses biens, le débiteur rentre dans sa maison, il devra, pour se racheter, payer une composition de dix sous ou livrer un bœuf. Si le fidéjusseur ne paie pas à l'échéance, le créancier pourra exiger de lui, à titre de dommages-intérêts, une somme double de celle par lui garantie, et le débiteur devra rembourser au fidéjusseur trois fois ladite somme.

Dans les Assises de Jérusalem, la *Cour des bourgeois* contient, dans son article 112, une disposition remarquable sur le recours de la caution contre le débiteur. Elle nous apprend que le garant peut faire incarcérer le débiteur principal, sans être

obligé de rien lui donner pendant sept jours, et, passé ce délai, qu'il est tenu seulement de lui fournir du pain et de l'eau.

Le Conseil de Pierre de Fontaines traite de la pleigerie dans les chapitres 7, 8, 9, 14, 16 et 21 ; il ne mentionne pas le bénéfice de discussion.

Les Etablissements de Saint-Louis contiennent sur la pleigerie conventionnelle un chapitre 118, qui consacre l'introduction en France du bénéfice de discussion.

Philippe de Beaumanoir qui, selon l'expression de Loysel, « *a rompu la glace et ouvert le chemin à la science du droit*, » consacre aux pleiges le chapitre 43 de son Commentaire sur la coutume de Beauvoisis. Il nous apprend que la pleigerie était très fréquente de son temps. Le débiteur, de même que dans les Etablissements de Saint-Louis, doit indemniser sa caution de tout dommage résultant pour elle de son intervention (§ 5).

A la différence des Etablissements, le bailli de Clermont ne mentionne pas le bénéfice de discussion. Mais ailleurs il se montre plus bienveillant pour les cautions que Justinien lui-même. En effet, d'après la Nouvelle iv de cet empereur, lorsque le débiteur principal est absent, et que le créancier poursuit le fidéjusseur, le juge peut accorder à ce dernier un délai pour appeler le *reus* en cause, mais, passé ce délai, l'action suit son cours contre la caution. Beaumanoir rapporte que, de son temps, les débiteurs quittaient souvent le pays au moment de l'échéance de la dette, et que par suite les *pleiges* restaient seuls en face du créancier. Pour remédier

à cet état de choses, il tint, dit-il, une assise à Creil, où l'on décida qu'en ce cas les *pleiges* poursuivis par le créancier feront citer trois fois le débiteur en justice de quinzaine en quinzaine. S'il ne se présente pas, ses biens seront vendus ou attribués après estimation aux *pleiges*, à titre d'indemnité de la poursuite du créancier qu'ils sont obligés de subir (§§ 2 et 3).

Dans le paragraphe 4, Beaumanoir décide que si le *pleige* n'est décédé qu'après les premières poursuites, son obligation passe à ses *hoirs*, mais s'il est mort auparavant, son engagement s'éteint avec lui.

D'après les paragraphes 10 et 20, le *pleige*, s'il veut conserver son recours contre le débiteur, doit, avant de plaider, dénoncer les poursuites à ce même débiteur, qui peut avoir des moyens de défense que la caution ignore. Une autre disposition défend au *pleige* de payer avant d'être sommé par le créancier ; le débiteur, en effet, a peut-être déjà acquitté la dette, ou possède des moyens de la faire déclarer éteinte (Comp. art. 2028 et 2031 du Code civil). Le *pleige* peut défendre immédiatement au procès en cas d'absence du *reus*.

Les femmes non mariées ou veuves peuvent se porter *pleiges* : la femme mariée ne le peut pas (§§ 14 et 22).

Beaumanoir parle ensuite de la *pleigerie* garantissant les obligations de vassal à suzerain.

Les *pleiges* ne pouvaient jamais perdre leur corps, c'est-à-dire leur vie, quelque étendu que fût le cautionnement, mais ils étaient soumis parfois à la contrainte par corps (§§ 24 et 31).

Il est aussi question de la *pleigerie* dans la Somme rurale de Jehan Boutellier.

Le Grand Coutumier de Charles VI, dont l'auteur paraît être Jacques d'Ableiges, au témoignage de M. Léopold Delisle (Mémoire de la Société d'histoire de Paris, 1880), consacre aux *cauxions* le chapitre septième de son second livre, mais il se borne à mentionner les différentes espèces de *pleiges*, sans ajouter aucun développement.

On trouve encore des notions étendues sur la *pleigerie* dans le Livre à la Reine Blanche, dont l'auteur est inconnu.

Les divers ouvrages que nous venons de relater traitent tous plus ou moins de la *pleigerie féodale*, qui, dans certains d'entre eux, tient une grande place. Mais cette matière a trait surtout au cautionnement légal et judiciaire qui est étranger à notre thèse.

Disons seulement que l'obligation de se porter mutuellement *pleige* l'un de l'autre, était réciproque entre le vassal et le suzerain. Si le vassal refusait, le suzerain pouvait reprendre le fief. Si le refus venait du suzerain, il perdait ses droits sur le vassal, lequel relevait alors immédiatement du seigneur de son seigneur. Le vassal a un recours contre le suzerain par lui garanti; si celui-ci ne le libère pas, il est, suivant le cas, ou déchu de ses droits de suzerain, ou condamné à payer des dommages-intérêts au vassal.

Qu'on nous permette encore de dire quelques mots de la caution dite du *haro*, si connue en Normandie, et dont parle l'article 56 de la coutume de 1583.

Basnage, dans son Commentaire, tome I, titre 2, pense que le mot *haro* tire son origine d'une invocation : (*ah! Roll*), adressée au duc Rollon « qui, » dit-il, est encore aujourd'hui imploré en Normandie par ceux qui prétendent recevoir quelque » tort. La seule prononciation de son nom, même » après tant de siècles, a cette vertu, qu'elle engage » ceux contre lesquels on s'en sert, à cesser leurs » entreprises et à n'attenter rien au-delà. » Suivant d'autres auteurs, ce mot vient du danois; il veut dire : *aux armes!* et n'était autre que le cri de guerre des Normands.

Les différents cas de *haro*, mentionnés dans le Coutumier normand du XIII^e siècle, se rapportent tous au droit criminel, ainsi aux cas de meurtre, incendie, etc. L'article 54 de la coutume de 1583, tout en maintenant le *haro* en matière criminelle, l'étend aux matières civiles. « Le *haro*, dit-il, peut » être interjeté non-seulement pour maléfice de » corps, et pour choses où il y aurait éminent péril, » mais pour toute introduction de procès possessoire, encore que ce soit en matière bénéficiale » ou concernant le fait de l'Eglise. » Le *haro* n'était guère usité en fait que pour introduction de procès possessoire, que la possession litigieuse eût pour objet des immeubles ou même des meubles (art. 55.)

La clameur de *haro* n'était qu'une assignation verbale à comparaître devant le juge, donnée par l'une des parties à l'autre en présence de témoins; elle ne pouvait être employée qu'au possessoire.

L'effet du *haro* était de contraindre celui sur lequel il était crié à cesser son entreprise, et à suivre en

justice le plaignant. La violation du *haro* constituait à elle seule un crime.

L'action du *haro* devait être *plégée*. « Les parties, » dit l'article 56 de la Coutume, sont tenues de » bailler respectivement *plège* et caution, l'une de » poursuivre, l'autre de défendre le *haro*. » On voulait éviter que le *haro* fût interjeté à la légère. La partie qui refusait de fournir caution devait entrer en prison. Toutefois le juge, après avoir entendu les parties, pouvait décharger l'une ou l'autre caution.

La caution du *haro* garantit l'exécution du jugement d'appel, comme celui de première instance.

La caution du *haro* pouvait-elle de son chef interjeter appel, lorsqu'elle trouvait excessive la condamnation de celui qu'elle garantissait? La question était controversée. Ceux qui admettaient cette faculté, tiraient argument de la loi 5, princ. Dig., De appel. et relat.: « *Item fidejussores (appellare possunt) pro eo pro quo intervenerunt.* » Terrien et Basnage adoptent la négative, ils disent que ce texte a trait à une fidéjussion conventionnelle et non à un cautionnement judiciaire.

Le droit canonique se montra très-favorable à la *pleigerie*, voyant dans ce contrat une garantie de l'exécution des engagements par les voies pacifiques, et espérant ainsi abolir le combat judiciaire, si fréquent à cette époque. Toutefois, il refusa toujours de reconnaître à la caution le bénéfice de discussion.

Arrivés à la période de la rédaction des coutumes, exposons brièvement les règles de la *pleigerie* dans le droit commun de l'ancienne France.

**Du Cautionnement dans le droit commun
de l'ancienne France**

Parmi les auteurs qui ont spécialement traité du Cautionnement, nous pouvons citer Pothier (Traité des Obligations, ch. 6), Domat (Lois Civiles dans leur ordre naturel, livre III, titre 4), et Basnage (Traité des Hypothèques, II^e partie).

**§ 1. — DE LA NATURE ET DE L'ÉTENDUE
DU CAUTIONNEMENT**

« Le cautionnement, dit Pothier, est un contrat » par lequel quelqu'un s'oblige pour un débiteur » envers le créancier, à lui payer en tout ou en » partie ce que ce débiteur lui doit, en accédant à » son obligation. »

Le droit canonique défendait aux religieux de se porter cautions : toutefois, dans le cas où leur cautionnement aurait été profitable à l'Eglise, ils pouvaient être contraints de payer sur les fruits et revenus de leurs bénéfices.

Les mineurs, même émancipés, ne peuvent s'engager comme cautions, ils peuvent seulement administrer leurs biens, et la *pleigerie* ne peut être considérée comme un acte d'administration. Le mineur peut toutefois être restitué lorsqu'il a con-

tracté un cautionnement pour tirer son père de prison ; selon Basnage, il faut pour cela que le mineur soit âgé d'au moins dix-huit ans ; Pothier n'admet pas cette limite d'âge, la question dépendra des circonstances de la cause.

Notre ancien droit n'ayant pas admis la distinction romaine entre les contrats et les pactes, le mot obligation naturelle y avait par suite un sens beaucoup plus restreint qu'à Rome. Domat (Des Conventions en général, tit. 1, sect. 5, art. 9) ne l'applique qu'aux engagements souscrits par les personnes qui, ayant un jugement et un discernement suffisants pour contracter, ne peuvent cependant le faire d'après la loi civile. Pothier, après avoir défini, au numéro 173 de son Traité des Obligations, l'obligation naturelle « celle qui, dans » le for de l'honneur et de la conscience, oblige » celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce » qui y est contenu, » semble, aux numéros 191 et suivants, restreindre la signification de ce mot aux obligations contractées par les incapables, et à celles « pour lesquelles la loi dénie l'action, par » rapport à la défaveur de la cause d'où elles pro- » cèdent. » Il déclare encore obligation naturelle toute obligation civile, lorsque le débiteur a acquis contre l'action qui en résulte, quelque fin de non-recevoir, par exemple l'autorité de la chose jugée, le serment décisoire, la prescription.

Domat admet que les obligations des incapables peuvent être cautionnées. Pothier est d'avis contraire (n° 194). La majorité des anciens auteurs avait adopté l'opinion du premier de ces jurisconsultes.

Toute caution, légale, judiciaire ou conventionnelle, doit, outre la capacité, remplir les conditions suivantes : 1^o être solvable, 2^o être domiciliée dans l'étendue du bailliage auquel ressort le lieu où elle doit être fournie.

Si le créancier conteste la solvabilité de la caution, celle-ci doit en justifier par la présentation des titres de ses biens immeubles, à peine d'être rejetée.

On n'estime la solvabilité de la caution qu'à l'égard de ses immeubles, parce que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Basnage, toutefois, pense qu'on peut se contenter des biens meubles, lorsque la dette est modique, ou que la caution est un marchand dont le commerce est bien établi (Comp. art. 2019 Civ.).

On n'a pas égard davantage aux immeubles litigieux, ni aux biens situés hors du ressort du bailliage.

La plupart des anciens auteurs admettaient que le créancier ne pouvait être tenu d'accepter pour caution une *personne puissante*. Ces personnes étaient d'abord celles qui avaient le droit d'invoquer le privilège de *committimus*. On entendait par là le droit accordé par le roi à certaines personnes de qualité, de plaider devant une juridiction privilégiée, d'y faire renvoyer ou évoquer les affaires dans lesquelles elles sont intéressées, quand bien même ces affaires seraient pendantes devant d'autres juges. Etaient encore considérées comme *personnes puissantes*, celles qui obtenaient des *lettres d'Etat*, par lesquelles le roi ordonnait de surseoir à toutes

poursuites civiles contre les bénéficiaires pendant un certain temps. Tels étaient les agents diplomatiques, les officiers absents pour le service du roi, etc. Ces privilèges ont été abolis en 1789.

Pothier nous apprend encore que les cautions judiciaires devaient être sujettes à la contrainte par corps. Ainsi les femmes, les ecclésiastiques et les septuagénaires ne pouvaient être cautions judiciaires.

L'ordonnance de 1667 (titre 28) avait réglé tout ce qui a trait à la forme de la réception des cautions. Notre Code de procédure y a fait de nombreux emprunts.

Si la caution, solvable au moment de sa réception, devient ensuite insolvable, le débiteur devra-t-il en fournir une autre ? Pothier enseigne qu'il y sera obligé, s'il s'agit d'une caution légale ou judiciaire. Si c'est une caution conventionnelle, il faut distinguer : « Si, dit-il, je me suis obligé de donner une » caution indéterminément, et qu'en exécution de » cette obligation j'en aie donné une qui depuis est » devenue insolvable, il faudra que j'en donne une » autre : mais si j'ai contracté d'abord sous la caution d'un tel, ou que je me sois obligé à donner » un tel pour caution, et qu'il devienne ensuite » insolvable, je ne puis être obligé à en donner une » autre, parce que je n'ai promis de donner pour » caution que celui que j'ai donné (n° 392). »

Le même jurisconsulte décide que celui qui ne peut fournir caution est admis à donner à la place un gage suffisant pour répondre de la dette.



§II. — DES EFFETS DU CAUTIONNEMENT.

A. — Du Bénéfice de discussion.

A l'époque de la rédaction des coutumes, le bénéfice de discussion était généralement admis dans notre droit. On vit toutefois s'établir de bonne heure l'usage d'obliger les cautions à renoncer à ce bénéfice, et même ces renonciations devinrent de style dans les actes notariés. Cette pratique vient sans doute de l'introduction tardive en France de ce bénéfice, et de la défaveur dont il était frappé par le droit canonique. Chose curieuse, la renonciation au bénéfice d'ordre était tellement universelle en Bourgogne, que la nouvelle Coutume de cette province abolit cette exception dans le pays où, seule de toutes les lois barbares, la loi Gombette avait accordé un privilège analogue aux fidéjusseurs.

La caution judiciaire ne pouvait, comme aujourd'hui d'ailleurs, se prévaloir du bénéfice de discussion. De même en étaient privées les cautions des fermes du roi. Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur que sur la réquisition de la caution. L'exception de discussion doit être opposée avant la contestation en cause ; le Code civil dit : sur les premières poursuites (art. 2022).

D'après Pothier (n° 412), le créancier requis de discuter le débiteur principal, doit d'abord saisir les meubles qui sont dans sa maison ; s'il n'y en a pas,

on dressera un procès-verbal de carence, qui tiendra lieu de discussion mobilière.

La caution doit ensuite indiquer, en une seule fois, les autres biens meubles ou immeubles au créancier, qui n'est obligé de discuter ni les immeubles litigieux, ni ceux qui après avoir été hypothéqués par le débiteur ont été par lui aliénés, ni enfin ceux situés, non plus dans le ressort d'un autre bailliage, mais dans celui d'un autre parlement.

La discussion se fait aux risques et périls du fidéjusseur ; le créancier peut exiger de lui l'avance des frais de la discussion des immeubles.

Toutes les conditions requises pour la discussion étant réunies, si le créancier, par ses lenteurs, laisse le débiteur principal devenir insolvable, qui supportera cette insolvabilité ? Domat, Henrys et Pothier disent que ce sera la caution. Le Code civil a rejeté les risques sur le créancier (art. 2024).

La caution est-elle censée renoncer au bénéfice d'ordre lorsque, dans le contrat, elle déclare s'engager comme débiteur principal ? Déjà, de son temps, Accurse avait soutenu la négative ; la novation, dit-il, ne se présume point. Telle est aussi la manière de voir de Carondas, de Bacquet (Droits de justice) et de Dumoulin.

D'autres auteurs distinguent. Si l'obligation principale et le cautionnement ont été contractés par un seul et même acte, et si, dans l'acte, après avoir mentionné l'obligation principale, on énonce le cautionnement, et qu'ensuite on ajoute, qu'outre le cautionnement, la caution s'oblige comme principal

débiteur, alors on devra considérer les bénéfices d'ordre et de division comme abandonnés par le fidéjusseur. Au contraire, quand l'obligation principale et le cautionnement ont été contractés par des actes passés en divers temps, la caution conserve toujours son droit aux deux bénéfices.

D'après un troisième système, la clause de principal preneur entraîne de plein droit la perte des deux bénéfices. Autrement cette clause serait inutile. Basnage et Pothier se rangent à cet avis. Il n'y a pas là, disent-ils, la moindre novation, le cautionnement et la clause de principal preneur peuvent parfaitement subsister dans un même contrat ; de plus les bénéfices d'ordre et de division sont de la nature et non de l'essence du cautionnement, la caution pouvant y renoncer (comp. art. 2021 Civ.)

B. — Du bénéfice de division

Le bénéfice de division fut reçu de très bonne heure dans notre ancien droit. Cependant notre ancienne jurisprudence maintint le principe romain, savoir que chacun des fidéjusseurs était tenu vis-à-vis du créancier *in solidum*, sauf à lui à opposer l'exception de division. Cette exception, comme dans le droit de Justinien, pouvait d'ailleurs être opposée jusqu'à la prononciation de la sentence. Tel était du moins le sentiment de Vinnius et de Pothier, sentiment qui a prévalu, malgré l'avis contraire de Pierre de Belleperche et de Cynus. Ainsi donc nos anciens jurisconsultes ne songèrent jamais à admettre que la division se fit de plein droit entre les cautions.

C'est au moment de la contestation en cause, c'est-à-dire au moment où la division est prononcée, qu'il faut, dit Pothier, se placer pour apprécier la solvabilité des différents fidéjusseurs, de telle sorte que si, postérieurement à la contestation en cause, une des cautions devient insolvable, le créancier ne pourra plus revenir pour sa part contre les autres.

Si le créancier a divisé volontairement son action entre les fidéjusseurs, il devra supporter la perte résultant de l'insolvabilité d'un ou de plusieurs d'entre eux, quand même elle serait antérieure à la demande ainsi fractionnée (Comp. art. 2025, 2026 et 2027 Civ.)

Le fidéjusseur ne peut pas demander la division entre lui et son certificateur, mais il sera admis à la division, quoique insolvable, si son certificateur est solvable.

S'il y a contestation entre le créancier et l'un des cofidéjusseurs sur la solvabilité de l'un de ces derniers, le fidéjusseur peut, en offrant de payer sa part, exiger, aux risques et périls du créancier, la discussion de tous les cofidéjusseurs, avant de consentir à rien payer pour le surplus.

Papon rapporte que le fidéjusseur ne peut opposer l'exception de division au cas où son cofidéjusseur serait domicilié hors du royaume, parce que, dans cette hypothèse, la division serait trop préjudiciable au créancier. Le Code civil n'a pas consacré cette manière de voir.

Outre les cautions qui ont renoncé au bénéfice de division, ne peuvent l'opposer, d'après Le Bret, les cautions pour les deniers royaux, et d'après Basnage et Pothier, les cautions judiciaires.

Si le fidéjusseur qui demande la division de l'action entre lui et son cofidéjusseur, a déjà payé auparavant une partie de la dette, sera-t-il tenu néanmoins de payer la moitié du chiffre de l'obligation, comme s'il n'eût versé aucun à-compte ? Pothier, malgré l'opinion contraire de Papinien, croit que le fidéjusseur pourra imputer sur la moitié de la dette à sa charge, la somme par lui antérieurement payée (n° 427).

C. — Du bénéfice de cession d'actions ou de subrogation.

L'exception de cession d'actions fut désignée en France sous le nom de *bénéfice de subrogation*. Ce mot, qu'on ne trouve pas dans les textes du droit romain, a été emprunté au droit canonique.

A Rome, cette exception, qui n'était autre que l'*exceptio doli* conçue *in factum*, avait pour but d'amener la libération du fidéjusseur. Dans notre ancienne jurisprudence, lorsque le juge reconnaissait fondées les prétentions de la caution, et que le refus du créancier de subroger le fidéjusseur était démontré, il ne déchargeait pas la caution, mais prononçait la subrogation à son profit.

Cette nécessité d'aller en justice pour triompher de la résistance injuste du créancier, était pour la caution une source d'embarras et de frais. Aussi Pothier (Introduction au titre xx de la Coutume d'Orléans, n° 76) nous apprend-il qu'on ne tarda pas à l'en dispenser et que la caution requit la subrogation dans la quittance constatant le paiement par elle effectué, de telle sorte que le refus du créancier

ne put désormais empêcher la subrogation de s'accomplir au profit de ladite caution. La loi suppléait donc à la résistance du créancier sur la réquisition de la caution.

Il y avait deux cas exceptionnels où la subrogation avait lieu de plein droit :

1° Lorsque la rente due par l'un des conjoints seuls a été rachetée des deniers de la communauté, la subrogation aux droits, actions et hypothèques du créancier de cette rente a lieu de plein droit, et sans qu'il soit besoin de réquisition, au profit de l'autre conjoint et de ses héritiers, pour la part qu'ils ont dans la communauté.

2° La subrogation a encore lieu de plein droit au profit du créancier postérieur qui, pour assurer son hypothèque, désintéresse le créancier antérieur.

Au contraire, n'étaient, comme la caution, subrogés que sur leur réquisition, le débiteur solidaire, et le tiers détenteur qui, pour éviter le délaissement de l'héritage par lui acquis, emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auquel cet héritage est hypothéqué.

Nos anciens auteurs expliquaient ainsi cette différence d'une part entre le créancier postérieur désintéressant le créancier antérieur, et d'autre part entre la caution, le codébiteur solidaire et le tiers détenteur.

Lorsque le créancier postérieur paie le créancier antérieur, sa volonté d'acquérir la subrogation aux droits de ce dernier ne saurait être douteuse, par cette raison qu'il n'a d'intérêt à le payer que pour acquérir ainsi la subrogation.

Au contraire, la caution, le codébiteur solidaire, le tiers détenteur, étant tendus de la dette, soit personnellement, soit au moins *propter rem*, sont intéressés à l'acquitter pour affranchir leur personne ou leur chose ; ils ont donc un tout autre motif de payer que celui d'acquérir la subrogation. De là pour eux la nécessité, s'ils veulent obtenir cette subrogation, de déclarer expressément leur volonté à cet égard.

Dumoulin ne se rangea pas à l'opinion générale ; il soutint, dans la première de ses Leçons de Dôle, que la caution, le codébiteur solidaire et le tiers détenteur étaient, en payant, subrogés de plein droit aux actions du créancier par eux désintéressé, indépendamment de toute réquisition de leur part.

La théorie de Dumoulin n'eut aucun succès, et l'on continua d'enseigner dans les écoles la première théorie, qui fut soutenue par presque tous les anciens auteurs, notamment Renusson (Traité de la subrogation, ch. 9, nos 7 et suiv.) et Pothier (Traité de la subrogation, ch. 1, art. 6, § 2). C'est l'opinion de Dumoulin qui a été consacrée dans l'article 1251 du Code civil.

D. — Du Recours de la caution contre le débiteur principal et contre ses cofidéjusseurs.

Les règles de l'ancien droit sur le recours de la caution qui a payé, contre le débiteur principal, sont les mêmes qu'en droit romain et dans notre droit actuel ; il est donc inutile d'en parler ici.

Quant au recours de la caution contre ses cofi-

déjusseurs, nous avons vu qu'il n'existait pas en droit romain (L. 39 Dig., De fidej.). Le garant qui avait désintéressé le créancier, n'avait d'autres ressources que les bénéfices de division et de cession d'actions. Si donc le fidéjusseur négligeait d'invoquer ces exceptions, il devait supporter seul tout le fardeau de la dette.

L'ancien droit français suivit longtemps cette doctrine. Mais notre ancienne jurisprudence a fait en cette matière une innovation des plus heureuses. L'article 213 de l'ancienne Coutume de Bretagne accordait au fidéjusseur qui avait payé, une action *negotiorum gestorum utilis* contre ses cofidéjusseurs. D'Argentré approuva cette manière de voir, et la fit consacrer dans l'article 194 de la nouvelle Coutume. Tel était aussi le sentiment de Pothier. Doneau et Domat soutiennent au contraire la règle romaine.

Pothier (n° 446) nous dit que cette action ne naît pas du cautionnement: « elle ne naît que du paiement que le fidéjusseur a fait de toute la dette, et » de l'équité, qui ne permet pas que ses cofidéjusseurs, qui étaient tenus comme lui de la dette, » profitent à ses dépens du paiement qu'il en a fait. » Cette action n'est pas la vraie action *negotiorum gestorum*; ce fidéjusseur qui a payé la dette entière, ayant payé ce qu'il devait effectivement, » s'étant acquitté de sa propre obligation, *proprium negotium gessit, magis quam cofidejussorum*. Mais » cette action est une action *utilis negotiorum gestorum, quæ non ex subtili juris ratione, sed ex sola utilitatis et æquitatis ratione proficiscitur*; parce » que, quoique ce fidéjusseur, *ipsius inspecto propo-*

» *sito*, en payant la dette entière, fit plutôt sa propre
» affaire que celle de ses cofidėjusseurs, néanmoins,
» *effectu inspecto*, ayant, quant à l'effet, géré l'affaire
» de ses cofidėjusseurs en même temps qu'il fai-
» sait la sienne, les ayant, par le paiement qu'il a
» fait, libérés d'une dette qui leur était communé
» avec lui, l'équité exige qu'ils portent leur part de
» ce paiement, dont ils ont profité autant que lui. »

Les mêmes auteurs qui donnent à la caution l'action *negotiorum gestorum utilis* contre ses cofidėjusseurs, lui permettent, en cas d'insolvabilité d'un de ses cofidėjusseurs, de recourir contre les certificateurs de l'insolvable. Mais ils lui refusent l'action contre ses propres certificateurs, parce que vis-à-vis d'eux, elle tient lieu de débiteur principal.



§ III. — DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

Le cautionnement s'éteint, dans l'ancien droit comme aujourd'hui, soit directement, soit par suite de l'extinction de l'obligation principale.

A. — Il est éteint directement : 1° par le paiement qu'effectue la caution ; 2° par la remise que le créancier fait au fidėjusseur de son cautionnement, ce que Pothier appelle *décharge personnelle*, 3° par la compensation que la caution oppose au créancier du chef du débiteur principal ; 4° par la confusion

qui s'opère entre le créancier et la caution, ou entre celle-ci et le débiteur ; 5° par l'expiration du terme ; 6° par l'accomplissement de la condition résolutoire ; 7° par la rescision de l'obligation de la caution prononcée pour cause de minorité ou de vices du consentement ; 8° par la prescription.

Pothier décide que le serment déféré à la caution profite au débiteur principal.

Le créancier est-il tenu, sous peine de déchéance, de conserver au fidéjusseur ses droits et actions contre le débiteur principal ?

On décidait que cette obligation incombait au mandataire *pecuniæ credendæ* au profit de son mandant. Quant à la fidéjussion, nous avons vu qu'à Rome le créancier n'était tenu de céder ses actions au fidéjusseur que telles qu'elles étaient au moment du paiement, pourvu qu'il n'y eût aucun dol de sa part. Commentant le droit romain, Donneau se rallia à cette doctrine. Cujas, après avoir adopté cette manière de voir, se prononça ensuite en sens contraire, et décida que le créancier devait conserver ses actions au fidéjusseur, comme le mandataire doit les conserver au *mandator*. Pothier, dans ses Pandectes, semble avoir soutenu la même opinion que Cujas ; mais au numéro 557 de son Traité des Obligations, il change d'avis : « Je ne vois, dit-il, » aucun texte de la loi romaine qui oblige le créancier à conserver ses actions au fidéjusseur. »

Voilà pour le droit romain. Mais quand il s'agit de notre ancienne jurisprudence, Pothier déclare formellement que « la caution est déchargée » lorsque le créancier s'est mis par son fait hors

» d'état de lui pouvoir céder ses actions contre
» quelqu'un des débiteurs principaux, auxquels la
» caution avait intérêt d'être subrogée. » Cette solution de Pothier a passé dans le célèbre article 2037 du Code civil.

B. — Le cautionnement s'éteint encore par voie de conséquence, par suite de l'anéantissement de l'obligation principale dont il n'est qu'un accessoire.

L'obligation principale est d'abord éteinte par le paiement effectué par le débiteur.

D'après Pothier, lorsque des offres réelles suivies de consignation ont été faites par le débiteur, et que celui-ci vient ensuite à retirer les espèces par lui consignées, la caution n'est libérée qu'autant que ce retrait n'a été effectué qu'après la validation de la consignation par le juge. Elle demeure donc obligée, si le retrait a eu lieu avant cette validation.

La caution est également libérée par la novation qui est faite de la dette principale, car, dit Pothier, d'une part la caution ne saurait être tenue de la dette primitive, puisqu'elle ne subsiste plus, d'autre part elle ne peut être tenue de la nouvelle, puisque cette nouvelle dette n'est point celle à laquelle elle a accédé.

Nous renvoyons à notre troisième partie l'examen des autres modes d'extinction de l'obligation principale, et par suite du cautionnement.

Il est inutile de dire que, dans notre ancienne jurisprudence, l'obligation des cautions passait à leurs héritiers. La distinction faite par Beauma-

noir, et rapportée plus haut, disparut de bonne heure.



§ IV. — DU MANDATUM PECUNIE CREDENDÆ
ET DU PACTE DE CONSTITUT

Le mandat qualifié et le pacte de constitut étaient aussi rarement employés dans notre pays qu'ils l'étaient fréquemment à Rome.

A. — Les différences si considérables que nous avons signalées dans notre première partie entre la fidéjussion et le *mandatum pecunie credendæ*, ne se retrouvent plus dans notre ancien droit, par suite de la disparition de la distinction entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi, et de l'abolition des formules sacramentelles. Ces deux contrats sont purement consensuels, et nos anciens auteurs ont fait la plupart du temps aux cautions l'application du droit des *mandatores*, en laissant presque toujours de côté celui des *fidejussores*, dont le caractère rigoureux leur semblait blesser l'équité.

La différence la plus saillante entre la fidéjussion et le mandat qualifié, était celle-ci : c'est que, dans le mandat, l'obligation accessoire du mandant précède l'obligation principale, tandis que celle de la caution suit l'engagement du débiteur.

Il y avait encore une autre différence très importante, qui n'existe plus aujourd'hui, relative au

bénéfice de cession d'actions ou de subrogation. Nos anciens auteurs admettaient, d'accord avec les jurisconsultes romains (L. 28 Dig., Mand.), que les *mandatores pecuniæ credendæ* pouvaient se faire céder *ex intervallo* les actions du créancier. Voici comment ils expliquaient cette différence entre la fidéjussion et le mandat qualifié. Il est parfaitement vrai, disaient-ils, que l'obligation contractée par le mandant vis-à-vis du mandataire prêteur, a le même objet que celle contractée vis-à-vis de ce dernier par le tiers emprunteur. Mais il ne s'en suit pas pour cela que l'obligation du mandant soit une obligation purement accessoire à celle de ce même tiers emprunteur ; elle constitue une obligation principale, *ex causa mandati*, ayant une cause bien distincte de celle de l'obligation de l'emprunteur, laquelle procède *ex causa mutui*. Par conséquent, si le mandant vient rembourser au mandataire la somme prêtée par ce dernier au tiers, il éteint bien par ce paiement sa propre obligation dérivant *ex causa mandati*, mais il n'éteint nullement l'obligation du tiers emprunteur dérivant *ex causa mutui*. Sans doute le mandataire ne pourra se faire payer deux fois, en vertu de la maxime : *bona fides non patitur ut idem bis exigatur*. Mais il demeure créancier de l'emprunteur, en ce sens qu'il pourra céder au mandant ses droits et actions contre lui, lorsque le mandant requerra cette cession, lesquels droits et actions il est d'ailleurs tenu de lui conserver d'après les règles du mandat qui est un contrat de bonne foi. Au contraire, lorsque le fidéjusseur paie sans requérir la subrogation, il éteint du même coup l'obligation

du débiteur principal, dont la sienne n'est qu'un accessoire. Il ne peut donc plus être question de la cession à son profit des droits et actions du créancier contre ce même débiteur principal.

B. — Le pacte de constitut n'avait, dans notre ancien droit, pas plus de raison d'être que le *mandatum pecunæ credendæ*. Il était cependant très usité en matière de paiement de dettes successorales.

Le créancier, pour forcer le débiteur à s'exécuter, avait alors deux voies qui lui étaient ouvertes : l'une dite *de commandement* et *d'exécution*, consistait à faire au débiteur, à personne ou domicile, par un sergent, un commandement de payer qui, s'il demeurait infructueux, avait pour conséquence la saisie des biens ; l'autre, dite *de simple demande*, était une assignation devant le juge, afin d'obtenir une sentence contre le débiteur.

La voie de commandement et d'exécution exigeait trois conditions, et elle était obligatoire si elles se trouvaient réunies.

1^o Il fallait que la dette fût d'une somme d'argent certaine et liquide, ou de choses fongibles ;

2^o Que le créancier fût muni d'un titre exécutoire, acte notarié ou jugement de condamnation ;

3^o Qu'il procédât contre la personne même qui s'était obligée ou avait été condamnée.

Lors donc que le créancier, porteur du titre exécutoire, voulait agir, non contre le *reus*, mais contre ses héritiers, il ne pouvait agir contre eux que par voie de simple demande.

Il pouvait toutefois employer contre eux la procédure d'exécution dans deux cas :

1° En obtenant contre les héritiers un jugement;
2° En leur faisant passer pardevant notaires un *titre nouvel*, par lequel ils s'obligeaient à lui payer ce qu'ils pouvaient lui devoir en qualité d'héritiers. Cette obligation contractée par le titre nouvel, était un véritable pacte de constitut très avantageux pour le créancier.

Cette application du pacte de constitut ne se rencontre plus dans notre droit actuel. Aux termes de l'article 877 du Code civil, les titres exécutoires contre le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement, à la charge par le créancier de n'en poursuivre l'exécution que huit jours après leur signification à la personne ou au domicile de l'héritier.



§ v. — DU SÉNATUS-CONSULTE VELLEIEN DANS NOTRE ANCIENNE JURISPRUDENCE.

Chez les Germains, comme dans la Rome primitive, la femme n'était jamais maîtresse de ses actes. Mais, tandis qu'à Rome elle pouvait espérer sortir un jour de la puissance paternelle ou maritale, pour tomber sous le joug plus doux de la tutelle, la femme germane avait un tout autre sort. Le jour de son mariage, elle passait de la puissance de son père sous celle de son mari. Non mariée ou veuve, elle restait ou retombait sous la *potestas* de ses proches

parents paternels. Cette puissance paternelle ou maritale s'appelait *mundium*; elle donnait à ceux qui en étaient investis un pouvoir absolu sur la personne et les biens de la femme. Il est à remarquer qu'à Rome la femme n'était soumise qu'à la puissance d'un seul, tandis qu'en Germanie le *mundium*, comme la propriété, appartenait indivisément à tous les membres de la famille mâles et capables de porter les armes. Chez les Germains, cette incapacité de la femme était plutôt de fait que de droit; elle résultait surtout de son exclusion du *mallum*, où s'accomplissaient les actes les plus importants de la vie civile; toutefois la femme pouvait s'y faire représenter par un mandataire.

César, dans ses Commentaires (De Bello Gallico, vi, 19), nous apprend que chez les Gaulois, la puissance paternelle et maritale avait le caractère le plus absolu. Il est donc fort à croire que la capacité civile de la femme était très restreinte.

Sous la monarchie franque, le sénatus-consulte Velleien demeure le droit des Gallo-Romaines; quant au *mundium*, il se transforme rapidement. Le roi s'attribue le *mundium* des personnes sans famille, des bâtards, des aubains, des gens d'Eglise, des veuves. L'Eglise exerça aussi en cette matière une influence bienfaisante en inspirant les capitulaires des rois. C'est ainsi qu'un Capitulare de Charlemagne de 802 recommande aux *missi dominici* de veiller à ce que les personnes soumises au *mundium* soient pourvues de tuteurs remplissant leurs fonctions suivant les règles de l'équité et de la justice.

Avec le régime féodal, la tutelle des incapables passe du prince au seigneur. Elle continue de perdre son droit de famille pour demeurer un apanage du pouvoir politique.

Dans les chartes des XII^e et XIII^e siècles, le *mundium* de la fille ou de la veuve a disparu, mais la femme mariée reste sous le *mundium*, sous la *mainbournie* de son mari. La puissance maritale n'a plus pour fondement la faiblesse, l'inexpérience de la femme, mais bien le besoin d'unité dans la gestion d'intérêts communs. En effet, le droit coutumier, après avoir affranchi la personne de la femme, affranchit aussi son patrimoine. En introduisant le régime de la communauté conjugale, il l'associe aux intérêts du mari, et la fait participer ainsi à sa bonne comme à sa mauvaise fortune. De plus, il lui donna un gain légal de survie par l'institution bien-faisante du *douaire*.

Telle était la situation de la femme lors de la renaissance du droit romain. La fille et la veuve, émancipées du *mundium*, jouissent d'une capacité absolue. Tous les actes d'intercession leur sont par suite permis.

La femme mariée conserve sa personnalité et un patrimoine ; elle peut agir avec l'autorisation de son mari ou de justice, et par suite, intercéder pour autrui ; elle ne subit d'autre incapacité que celle résultant de la puissance maritale. Ainsi donc, pas de sénatus-consulte Velleien dans les pays de coutumes. Il en était autrement dans les pays de droit écrit, où le régime dotal du droit romain était resté partout le régime matrimonial des Gallo-Romains.

Le sénatus-consulte Velleien, qui avait été expressément maintenu, tel qu'il existait avant Justinien, dans le Bréviaire d'Alaric et le Papien, c'est-à-dire dans les lois des Visigoths et des Burgondes, était tombé en désuétude à une époque qu'il est impossible de préciser. Il n'en est plus question dans les chartes et diplômes du VII^e au XI^e siècle.

On le retrouve dans le *Petrus* ou *Petri Exceptiones*, livre qui date probablement du XII^e siècle, au témoignage de M. Laferrière, ce qui coïnciderait avec la renaissance du droit romain. Sitôt introduit en France, le Velleien eut une grande vogue dans le Midi. Tout le monde était frappé de son utilité qui cadrait admirablement avec le régime dotal. Par suite du pouvoir absolu de la femme sur ses biens paraphernaux, ses héritiers présomptifs avaient le plus grand intérêt à ce qu'elle ne les compromît point en s'obligeant dans l'intérêt d'autrui, soit au profit de son mari, soit au profit d'un étranger. Aussi, au XII^e siècle, le sénatus-consulte reparait dans les chartes et diplômes de toutes les provinces du Midi. Seule la coutume de Toulouse refusa de l'admettre jusqu'au XVII^e siècle.

Le sénatus-consulte Velleien ne tarda pas à pénétrer également dans les pays coutumiers. Boutellier, dans sa Somme rurale, approuve fort « *le droict qu'on dit Velleian* », mais il a la malheureuse idée d'attribuer le sénatus-consulte à l'empereur Velleian. Jean Papon (Les trois Notaires) dit que partout le Velleien avait paru « *une loi pleine de sagesse, un remède excellent pour subvenir à la faiblesse des femmes.* » Aussi, au commencement du XVI^e siè-

cle, le sénatus-consulte était-il admis dans toute la France, avec des restrictions plus ou moins étendues suivant les coutumes.

Nous avons vu en droit romain que l'empereur Justinien avait déclaré valable l'*intercessio* de la femme au profit d'un étranger, lorsque, majeure de vingt-cinq ans, elle avait, au bout de deux ans, renouvelé son engagement. C'était là ouvrir à la femme une voie de renonciation au bénéfice du sénatus-consulte. Les glossateurs allèrent plus loin, et autorisèrent la femme à renoncer au Velleien dans l'acte même qui constatait son obligation.

L'Eglise vit avec faveur cette clause de renonciation au Velleien. Une décrétale du Pape Alexandre III décide que l'*intercessio* de la femme au profit de son mari ou d'un tiers sera valable, si la femme jure de ne pas invoquer l'exception du sénatus-consulte. C'était l'époque où les canonistes se servaient ainsi du serment pour éluder les prohibitions légales pouvant préjudicier aux intérêts ecclésiastiques. Bientôt le serment lui-même cessa d'être nécessaire, et le *Speculum juris* de Durant n'exige plus qu'une renonciation formelle.

Le Velleien trouva dans le régime de la communauté un adversaire plus redoutable encore que la Glose et le droit canonique. Il ne distinguait pas entre l'*intercessio* de la femme au profit du mari, et celle consentie au profit d'un étranger ; ce qui s'harmonisait avec le régime dotal où les intérêts des conjoints sont distincts ; ne pouvait se concilier avec celui de la communauté. En effet, la femme qui cautionne son mari ne s'oblige pas pour un

autre, puisque, du moins au regard des tiers, l'intérêt du mari se confond avec celui de la communauté, et par conséquent avec l'intérêt de la femme.

Pour mettre le Velleien d'accord avec le régime de la communauté, Dumoulin décida que l'*intercessio* de la femme au profit de son mari était valable en principe. Il ne lui accorda l'exception du sénatus-consulte que sous les deux conditions suivantes : 1^o lorsqu'il est constant que les deniers empruntés par le mari n'ont été employés ni au profit de la communauté, ni au profit personnel de l'épouse ; 2^o lorsqu'il est constant que le prêteur a su que les deniers par lui remis au mari devaient être consommés dans l'intérêt exclusif du celui-ci. Dumoulin maintenait le Velleien dans le cas où la femme avait cautionné un étranger.

Mais ses efforts n'aboutirent point. Les clauses de renonciation au bénéfice du sénatus-consulte, connues sous le nom de renonciations à l'Authentique de Justinien : « *Si qua mulier* » furent de plus en plus fréquentes, elles devinrent de style à la fin du XVI^e siècle ; la femme, pour employer le langage de Pasquier, « *renonçant lors tumultuairement et à la vanvole, et de pareille facilité comme si elle se fût obligée sans renoncer.* » Il est vrai que, pour conserver quelque ombre d'utilité au Velleien, la jurisprudence exigea que les notaires spécifiassent aux femmes la nature et les effets des privilèges auxquels elles renonçaient ; « mais comment les notaires, dit Hévin, leur eussent-ils expliqué ce qu'ils n'entendaient pas eux-mêmes ? » Aussi ces exigences des tribunaux n'eurent-elles pour résultat

que de susciter une multitude de procès, et de compromettre à chaque instant la fortune et la réputation des notaires, car le formulaire de renonciation avait été embrassé, nous dit Pasquier, avec une si étroite superstition, qu'il suffisait de la moindre omission ou inexactitude pour entraîner la condamnation du notaire et l'annulation du contrat.

De plus, les prêteurs avaient cessé de se préoccuper du sénatus-consulte. Ils considéraient l'*intercessio* de la femme comme à peu près aussi sûre que celle d'un homme. Il en résultait que, si le notaire omettait dans l'acte la clause de renonciation de la femme, le créancier, qui croyait avoir une sûreté sérieuse, n'en avait aucune.

Le désordre et les abus étaient arrivés à ce point, lorsqu'un avocat distingué au Parlement de Paris, Jacques Leschassier, se rendit l'organe du sentiment public, et écrivit une vive diatribe contre le sénatus-consulte Velleien. Henri IV approuva son travail, et par un Edit d'août 1606, il disposa que l'*intercessio* de la femme serait toujours valable, sans qu'il y eût à distinguer si elle avait ou non renoncé au bénéfice du Velleien.

Tous les légistes n'approuvèrent pas cet édit. En outre, les Parlements de Rouen, de Rennes, de Bordeaux, de Pau, de Toulouse, d'Aix et de Grenoble refusèrent de l'enregistrer ; l'Auvergne même persista dans son ancienne pratique. Une ordonnance de Louis XIV rendue en 1683 confirma l'édit de Henri IV pour la Bretagne.

Dans le dernier état de l'ancien droit, au XVIII^e siècle, le Velleien était encore observé par le Par-

lement de Paris pour l'Auvergne, ceux de Normandie, de Grenoble, de Bordeaux, de Toulouse, de Pau et d'Aix, et les Conseils de Colmar et de Perpignan. Toutefois ces différents tribunaux appliquaient le sénatus-consulte d'une manière qui était loin d'être uniforme. Les Parlements de Toulouse et de Normandie étaient les seuls qui l'eussent maintenu dans toute sa rigueur, ils n'admettaient pas de renonciations par la femme dont l'*intercessio* était toujours nulle de plein droit. Les articles 1123 et 1124 du Code civil ont virtuellement abrogé l'antique sénatus-consulte. Toutefois l'incapacité Velleienne, après avoir été solennellement bannie de nos lois, y est rentrée subrepticement sous le couvert de l'inaliénabilité dotale.

Les îles anglo-normandes de Jersey, Guernesey, Aurigny, sont encore régies aujourd'hui par la coutume de Normandie ; le Velleien y a donc été conservé. Nous le retrouvons encore de nos jours en Espagne.

Dans notre ancienne jurisprudence, une question fort importante était celle de savoir si la prohibition du Velleien était de statut réel ou de statut personnel.

Pothier (n° 388) pense que la défense du sénatus-consulte est de statut personnel. Il décide que la femme normande, qui à Paris intervient pour autrui, ne s'oblige pas.

D'autre part, le jurisconsulte décide que la femme mariée en Normandie, et dont le mari a transféré son domicile à Paris, ayant cessé, par cette translation de domicile, d'être soumise aux lois de Normandie, pourra valablement cautionner.

De même, si une femme normande a garanti, en Normandie, son cautionnement sur un immeuble situé à Paris, la constitution d'hypothèque sera nulle, parce que l'hypothèque ne peut subsister sans l'obligation personnelle dont elle est l'accessoire.

Vice-versa, si une Parisienne s'est rendue caution et a conféré une hypothèque sur ses biens de Normandie, cette constitution d'hypothèque sera valable.

Cette dernière décision avait toutefois été contestée, parce que la Coutume de Normandie ne permettait pas à la femme mariée d'engager les immeubles qu'elle avait en cette province. La prohibition du Velleien aurait donc été sous ce rapport de statut réel.

Les solutions que nous venons de donner, sauf la dernière, sont aujourd'hui encore applicables à l'Espagnole cautionnant en France, ou à la Française cautionnant en Espagne.



TROISIÈME PARTIE

DROIT CIVIL

DU CAUTIONNEMENT

Le Code civil a placé ce contrat à la suite des contrats de bienfaisance, auxquels il se lie par un certain côté, et au premier rang des contrats de garantie, à la classe desquels il appartient plus directement. Ces deux manières d'envisager la question peuvent également se justifier.

Le cautionnement est, dans notre droit actuel, conventionnel, légal ou judiciaire, suivant qu'il naît du consentement des parties, de la prescription de la loi ou de l'ordre du juge. Citons comme exemples de cautionnement légal : la caution *judicatum solvi* (art. 16 Civ.), la caution que doivent fournir les

envoyés en possession provisoire (art. 120), l'usufruitier, l'usager, le bénéficiaire du droit d'habitation (art. 601 et 626), les successeurs irréguliers, sauf l'Etat (art. 771 et 773), l'héritier bénéficiaire (art. 807), le mari qui retient provisoirement le préciput (art. 1518), l'acheteur failli qui exige la livraison avant le terme (art. 1613), le créancier hypothécaire qui requiert la mise aux enchères de l'immeuble objet des notifications à fin de purge (art. 2185), etc. On pourrait trouver un exemple de cautionnement judiciaire dans l'article 135 du Code de procédure, au sujet de l'exécution provisoire des jugements.

Comme dans les autres parties de cette thèse, nous ne traiterons que du cautionnement conventionnel, en suivant ici la division du Code civil.



CHAPITRE I^{er}

De la Nature et de l'Etendue du Cautionnement.

§ I^{er}. — CARACTÈRES DU CAUTIONNEMENT

Le cautionnement est un contrat par lequel une personne, appelée caution, s'oblige vis-à-vis d'un créancier, à lui payer ce qui lui est dû par une autre personne, si celle-ci ne paie pas à l'échéance.

Il continue une sûreté *personnelle*. Comme le gage, le privilège et l'hypothèque, il est un contrat de garantie, mais il en diffère en ce que ces derniers constituent des sûretés *réelles*. Il se distingue également de la sûreté réelle que certains officiers publics sont tenus de fournir à leur entrée en fonctions, et qui porte aussi le nom de cautionnement.

Faisons ici une observation. La personne qui s'est engagée à fournir une caution au créancier, ne pourrait contraindre ce dernier à accepter à la place un gage ou une hypothèque, et réciproquement. Il en est autrement au cas de caution légale ou judiciaire (art. 2041); cette dérogation se justifie par ce fait que, dans ce dernier cas, le débi-

teur n'a rien promis de son plein gré au créancier ; on ne peut par suite rien lui reprocher s'il ne trouve pas de fidéjusseur.

Le caractère dominant du cautionnement, c'est d'être un contrat *accessoire* à une obligation principale, au sort de laquelle il est invariablement lié. Ainsi le cautionnement ne peut comprendre d'autres objets que ceux contenus dans l'obligation du débiteur, il faut que celle-ci soit valable. Nous examinerons ces questions en détail dans notre paragraphe troisième.

Quoique accessoire, le contrat n'implique en aucune façon l'intervention du débiteur principal. Tout se passe entre le créancier et la caution, et quels que soient les rapports qui existent entre cette dernière et le débiteur principal, celui-ci reste étranger au contrat.

M. Duranton (t. xviii, n° 331) a soutenu que l'engagement de la caution est conditionnel, s'appuyant sur l'article 2011 qui dit « que la caution n'est » obligée de satisfaire à l'obligation que si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. » C'est là une profonde erreur ; il ne faut pas en effet interpréter les textes judaïquement, en les prenant au pied de la lettre ; il résulte seulement de notre article que, lorsque le débiteur paie, la caution est libérée ; l'engagement de celle-ci est pur et simple, si bien qu'elle peut être poursuivie immédiatement par le créancier, sauf à elle à opposer le bénéfice de discussion. L'obligation de la caution est accessoire, sans doute, dit M. Pont, mais en ce sens seulement qu'elle est subsidiaire.

Ici se place une question importante. Il y a une convention qui, en apparence, a une grande analogie avec le cautionnement, et qui en diffère néanmoins sous un rapport essentiel, c'est qu'elle constitue un engagement principal. Aux termes de l'article 1119, « on ne peut s'engager en son propre nom que » pour soi-même. » L'article 1120 ajoute : « Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en » promettant le fait de celui-ci. » Dans ce cas la promesse devient valable. En apparence, c'est une garantie qui valide ce qui a été promis au nom du tiers, ce qui ressemble à un cautionnement. En réalité il n'y a pas de garantie accessoire ; en effet, le tiers n'est pas obligé, malgré l'engagement du porte-fort ; il n'y a donc pas de débiteur principal, en ce sens que le tiers n'est pas débiteur, le porte-fort seul est obligé. C'est ce que dit l'article 1120 : si le tiers refuse de tenir l'engagement, le porte-fort doit une indemnité à celui à qui il a promis le fait du tiers. L'obligation du porte-fort est donc principale, mais elle est conditionnelle. Si la condition se réalise, c'est-à-dire si le tiers ne veut pas remplir l'engagement pris en son nom, le porte-fort sera tenu ; et il sera tenu comme débiteur principal, sans qu'il puisse agir contre le tiers pour être indemnisé de son engagement. Il est tout autrement de la caution ; elle est obligée dès le principe, en vertu d'un engagement qui n'est pas subordonné à une condition, le créancier pouvant agir directement contre elle. Mais cette obligation de la caution n'est qu'accessoire ; si donc elle paie la dette, elle a un recours contre le débiteur principal, et d'autres

droits encore dérivant du caractère subsidiaire de ses engagements. Le porte-fort n'a aucun de ces droits, parce qu'il est débiteur principal.

Si le tiers pour qui je me suis porté fort, consent à donner ou à faire ce que j'ai promis en son nom, la condition sous laquelle je me suis obligé personnellement défaillit. Donc je ne suis pas tenu dès que le tiers est tenu; quand même le tiers manquerait ensuite à ses engagements, je ne répondrai pas de l'inexécution, car je ne suis pas caution; j'ai seulement promis l'obligation d'un tiers, et cet engagement est rempli du moment que le tiers s'oblige.

Le cautionnement est un contrat *de bienfaisance*. Ce n'est pas toutefois vis-à-vis du créancier que le contrat a ce caractère: « Le créancier, dit Pothier » (n° 366), ne reçoit par ce contrat rien au-delà de » ce qui lui est dû; il ne se procure qu'une sûreté » sans laquelle il n'aurait pas contracté avec le » débiteur principal, ou ne lui aurait pas accordé » le terme qu'il lui accorde: mais le cautionnement » renferme un bienfait à l'égard du débiteur pour » qui la caution s'oblige. » C'est par le service que le garant rend au débiteur que notre contrat se rattache à la classe des contrats de bienfaisance. La caution, en effet, s'adjoit le plus souvent au débiteur par le désir de lui être utile en augmentant son crédit.

Il est de la *nature* du cautionnement d'être *gratuit*; mais si la gratuité est de la nature du cautionnement, elle n'est pas de son *essence*; la caution peut exiger du débiteur une rémunération quelconque en échange du service qu'elle lui rend, pourvu que

ladite indemnité soit équitablement calculée en proportion des risques, et aussi des soins résultant pour le fidéjusseur de son intervention, et qu'elle ne prenne pas le caractère usuraire. C'est ce qu'a établi la Cour de Limoges dans son arrêt du 23 décembre 1847 (Dalloz, 48, 2, 85), réformant un jugement du tribunal de Rochechouart, qui avait décidé que la gratuité était de l'essence du cautionnement.

Si nous supposons maintenant que le créancier rétribue la caution, nous nous trouverons alors en face d'un véritable *contrat d'assurance*. Ce dernier contrat est une convention par laquelle l'une des parties consent, moyennant une certaine rétribution appelée *prime*, à garantir l'autre contre les risques que peut lui faire courir un événement incertain. Or, dans l'espèce, l'événement incertain qui menace le créancier, est la faillite ou la déconfiture du débiteur ; la caution vient l'assurer contre ce péril éventuel, et, pour le prix de cette garantie, elle touche une prime. L'opération conserverait cependant son caractère de cautionnement, au cas où l'indemnité allouée à la caution par le créancier serait minime, et par suite il faudrait appliquer les règles de ce contrat et non celles des contrats aléatoires.

Nous venons de voir que le cautionnement est un contrat de bienfaisance au point de vue du débiteur principal ; il ne faudrait pas pour cette raison l'assimiler à la donation, car il ne comporte pas le dépouillement actuel et irrévocable qui est le caractère essentiel de la donation (art. 894) ; et il faudrait

décider de la sorte même au cas où le fidéjusseur a renoncé au recours que la loi lui donne contre le débiteur principal.

Si le cautionnement n'est jamais une donation, il peut dans certaines circonstances produire quelques-unes des conséquences de ce dernier contrat. Ainsi, lorsqu'une personne a cautionné l'un de ses successeurs et payé pour lui, ce successible venant à l'hérédité, doit rapporter à la masse les sommes payées pour lui par le de cujus, conformément à l'article 829, qui décide que le rapport n'est pas dû seulement des choses données, qu'il est dû aussi par chaque héritier des sommes dont il est débiteur. On peut dire de ces sommes, comme M. Demolombe le dit des choses données entre-vifs, « *qu'ayant été emportées du patrimoine du défunt, elles sont susceptibles d'y être rapportées* » (Success., t. iv, n° 149). Or, dans l'espèce, les choses se passeront comme si le successible cautionné par le défunt eût reçu de lui, à titre de prêt, la somme à laquelle s'élevait le cautionnement, pour verser lui-même ladite somme aux mains du créancier.

Comme tous les contrats de bienfaisance, le cautionnement est *unilatéral*. Tel est l'avis unanime de la doctrine; seul M. Taulier fait exception, et voit dans la fidéjussion un contrat synallagmatique. Il déclare d'ailleurs ne pas concevoir l'existence de contrats unilatéraux, malgré la distinction formelle établie par les articles 1102 et 1103 du Code civil. La vérité est, nous l'avons déjà dit, que le cautionnement n'engendre d'obligation qu'entre le créancier et la caution. Le débiteur, sans doute, devra rem-

bourser plus tard à la caution ce que celle-ci aura payé à sa décharge, mais, comme le dit fort bien M. Pont (Du Cautionn., n° 20) « cette obligation du » débiteur ne naît pas essentiellement du contrat, » c'est bien plutôt dans le paiement fait par la caution que dans le cautionnement même qu'elle » prend naissance. »

M. Taulier, du reste, va à l'encontre de sa doctrine, lorsqu'il enseigne, d'accord en cela avec tous les auteurs et la jurisprudence, que l'acte sous seing privé qui constate le cautionnement ne doit pas nécessairement être fait double. Or c'est là une conséquence du caractère unilatéral du contrat ; l'article 1325 décide au contraire que les actes sous seings privés, qui contiennent des conventions synallagmatiques, doivent, pour être valables, être faits en autant d'originaux que de parties ayant un intérêt distinct.

L'article 1326 est applicable au cautionnement constaté par acte sous seing privé. Il faut donc que l'acte, pour qu'il fasse preuve, soit écrit en entier de la main de la caution, ou tout au moins que celle-ci fasse précéder sa signature d'un bon ou approuvé, portant, en toutes lettres, la somme ou la valeur de la chose objet du cautionnement. Et la règle est applicable même quand le cautionnement accède à une obligation dont le montant est actuellement inconnu ou indéterminé. Comme, dans cette hypothèse, la simple mention du bon ou approuvé est impossible, il faudra que l'acte soit écrit en entier de la main de la caution.

Un dernier caractère de cautionnement, c'est

d'être *personnel dans son objet*. Il faut donc que la caution s'oblige personnellement : elle diffère en cela de la caution réelle, qui consiste dans l'affectation par une personne de sa chose pour sûreté de la dette d'un tiers.

Comparons maintenant le cautionnement avec le pacte de constitut, qui, pour avoir dans notre droit moins d'importance que dans le droit romain, mérite cependant d'être signalé.

Ce pacte consiste à promettre au créancier de le payer. Cette promesse peut être faite à son propre créancier ou au créancier d'autrui.

Le constitut fait avec le créancier d'autrui présente des analogies avec le cautionnement. Comme lui, il suppose la préexistence d'une dette valable qui en est le fondement ; l'obligation du constituant ne peut avoir pour objet une somme plus forte que celle du débiteur primitif ; cette promesse peut être faite sans le consentement et même à l'insu de ce dernier ; le paiement de l'une des obligations éteint les deux, enfin le constitut n'opère pas novation de la dette.

Mais il y a aussi des différences, qui résultent de ce principe que le cautionnement n'est qu'un accessoire de l'obligation même du débiteur principal, tandis que, dans le constitut, il y a non-seulement adhésion à l'obligation primitive, mais encore intervention d'un nouveau débiteur tenu *proprio nomine*, distinctement et principalement, du paiement qu'il a promis d'effectuer pour autrui. D'où il suit que le constituant peut s'engager sous d'autres conditions, même plus onéreuses, que le débiteur

primitif ; que son obligation est susceptible de subsister après l'extinction de celle du débiteur ; que le constituant peut s'engager à payer autre chose que le débiteur primitif ; qu'il n'a pas le bénéfice de discussion, enfin qu'il ne peut pas se prévaloir de toutes les exceptions appartenant au débiteur, mais seulement de celles qui étaient inhérentes à la dette au moment de la conclusion du pacte.

Nous avons vu, dans notre deuxième partie, que les différences qui existaient à Rome entre la fidéjussion et le *mandatum pecuniæ credendæ* avaient disparu pour la plupart dans l'ancien droit français. Pour concevoir l'existence d'un *mandatum pecuniæ credendæ* dans notre législation actuelle, il faut supposer que le mandataire a prêté en son propre nom, car s'il ne l'avait fait qu'au nom du mandant, il s'effacerait derrière ce dernier qu'il représente. Ainsi compris, le mandat de prêter à autrui ne diffère du cautionnement que sous deux rapports : il doit précéder et non suivre l'obligation principale ; de plus, dans cette opération, il y a mandat exprès de la caution au créancier, tandis que, dans le cautionnement, il y a la plupart du temps mandat tacite du débiteur principal à la caution.



§ II. — QUI PEUT ÊTRE CAUTION ?

L'article 2018, reproduisant la théorie de Pothier, dit que la caution doit être *capable de contracter*. Prise au pied de la lettre, cette disposition est inexacte : c'est ainsi que le tuteur, quoique ayant la faculté de contracter, ne peut se porter caution au nom du pupille. Disons donc, avec M. Pont (n° 57), que la capacité de la caution doit être celle qui est requise pour faire un contrat de bienfaisance.

Le cautionnement est interdit aux mineurs, même émancipés. Le mineur émancipé n'a le droit de faire que des actes d'administration, et il est évident que le cautionnement ne saurait rentrer dans cette catégorie. Toutefois, Pothier (n° 390) nous apprend que notre ancienne jurisprudence ne rescindait pas toujours l'engagement du mineur émancipé qui s'était porté fidéjusseur.

Ne peuvent être cautions les interdits et les personnes placées dans un établissement d'aliénés. La prohibition de l'ancien droit relative aux religieux n'existe plus. Sous le Code, la femme majeure et non mariée peut se porter caution, de même que l'homme. Il en est de même de la femme mariée, mais il lui faut, comme pour les autres actes, l'autorisation de son mari ; cette formalité est nécessaire même pour la femme séparée de biens.

Lorsque le débiteur n'est pas obligé de fournir caution, la loi n'a pas à s'occuper des qualités que doit réunir cette caution, le créancier admettra celle

que bon lui semblera. La question change si le débiteur s'est obligé, ou est tenu d'en donner une en vertu de la loi ou de l'ordre du juge. Afin d'éviter à ce sujet des contestations qui n'eussent pas manqué de se présenter à chaque pas, et aussi dans le but de mettre un frein aux exigences trop grandes des créanciers, la loi a posé certaines règles dont on ne saurait méconnaître la sagesse. Ainsi l'article 2018 décide que « la caution doit avoir un » bien suffisant pour répondre de l'obligation. » Cette disposition, reproduite par l'article 518 du Code de procédure, a été empruntée à l'ordonnance de 1667.

L'article 2019, emprunté aussi à notre ancienne jurisprudence, s'exprime ainsi :

« La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu »
» égard à ses propriétés foncières, excepté en ma- »
» tière de commerce, ou lorsque la dette est »
» modique. »

« On n'a point égard aux immeubles litigieux, »
» ou dont la discussion deviendrait trop difficile »
» par l'éloignement de leur situation. »

Ici, comme en bien d'autres endroits, les rédacteurs du Code ont vu dans la propriété foncière le signe certain de la richesse. Les choses ont bien changé depuis, et la fortune mobilière, qui était peu étendue au commencement du siècle, a acquis de nos jours une importance considérable. Toutefois, M. Troplong (Du Cautionnement, n° 204) a tort, selon nous, de faire le procès aux rédacteurs, et de dire que la loi eût mieux fait de laisser la question de solvabilité à l'appréciation des tribu-

naux. La prépondérance que le législateur accorde à la propriété foncière, se concevait parfaitement à l'époque où le Code civil fut rédigé.

L'article 2019 admet des exceptions à la règle, en matière de commerce ou lorsque la dette est modique.

Que faut-il entendre par ces mots : *en matière de commerce* ? M. Troplong (n° 305), invoquant l'ancienne jurisprudence, et s'appuyant sur l'avis de Bartole et de Marsili, décide que la matière sera commerciale dans le cas où la caution sera fournie par un commerçant. Cette doctrine fort libérale n'est pas celle du Code ; il faut, à notre sens, pour savoir si une matière est ou non de commerce, se référer à l'objet de l'obligation principale, et suivre à cet égard les règles tracées par les articles 632 et 633 du Code de commerce.

Notre article ne s'applique pas non plus au cas où la dette est modique ; ici le législateur a laissé la question à l'appréciation des tribunaux, et c'était le meilleur moyen à employer. Les juges prendront en considération la fortune des parties et leur situation sociale.

On ne tient pas compte non plus des immeubles litigieux. On aurait cependant tort de prendre cette expression dans le sens que lui donne l'article 1700 du Code civil, suivant lequel « la chose est censée » litigieuse dès qu'il y a procès commencé. » Si l'on interprétait ainsi l'article 2019, il suffirait que le créancier intentât à la caution présentée des procès sans fondement. Le véritable sens de notre article est que les immeubles litigieux sont ceux sur lesquels la caution n'aurait qu'un droit contestable.

Les auteurs sont unanimes sur ce point. Les tribunaux décideront souverainement, et en cette matière comme dans les précédentes, leur décision, statuant sur un point de fait, ne sera pas sujette à cassation.

La jurisprudence, interprétant l'article 2019, ne considère pas davantage, pour apprécier la solvabilité de la caution, les immeubles dont elle n'est propriétaire que sous condition résolutoire, ou ceux qui seraient grevés de droits réels pour des sommes presque égales à leur valeur. Il en serait de même pour les biens dont elle n'est qu'usufruitière, car, dit M. Proudhon. « l'usufruit est une propriété essentiellement temporaire, toujours incertaine dans sa durée, et par conséquent dans sa valeur. » (De l'Usufruit, nos 17 et 18; Comp. M. Ponsot, n° 150.)

Lorsque la solvabilité de la caution est contestée, c'est au débiteur à la prouver. Pothier (n° 391) nous apprend que, dans notre ancienne jurisprudence, cette preuve incombait au fidéjusseur, qui devait produire les titres de propriété de ses immeubles. En faveur de la décision aujourd'hui consacrée, on peut tirer un argument d'analogie des articles 517 et suivants du Code de procédure. La caution dont la solvabilité est contestée, n'est pas même recevable à intervenir dans l'instance, le débiteur a seul qualité à cet effet.

L'article 2018 dispose que la caution doit être domiciliée dans le ressort de la Cour d'appel du lieu où elle doit être donnée. « La faculté de » poursuivre une caution, a dit M. Treilhard dans

» l'Exposé des motifs (Loché, t. xv, p. 324), fait
» partie de sa solvabilité, et une discussion qu'il
» faudrait suivre au loin serait presque toujours
» plus ruineuse qu'utile. » Cette pensée avait déjà
été exprimée dans la L. 2 Dig., Qui satisd. cog.

Si les parties, à défaut de la loi, se sont expliquées sur ce point, les termes de la convention serviront de règle. Si celle-ci est muette, on appliquera, d'après la majorité des auteurs, les règles que donne la loi en matière de paiement. Aux termes de l'article 1247, le paiement, en thèse générale et à défaut de stipulation contraire, doit être fait au domicile du débiteur. C'est par suite au domicile de ce dernier que la caution devra être donnée. M. Proudhon, et après lui M. Troplong enseignent que l'article 1247 n'est pas applicable dans l'espèce, car disent-ils, si la loi a limité le rayon dans lequel devra être domiciliée la caution, c'est évidemment dans l'intérêt du créancier. Mais ce n'est pas à dire qu'on doive absolument sacrifier le débiteur, et on l'exposerait souvent à l'impossibilité de satisfaire à son obligation, si on admettait la théorie de ces auteurs, car il peut fort bien arriver que le débiteur ne soit pas connu dans le ressort de la cour du domicile du créancier, et qu'il n'y connaisse personne. Il faut donc appliquer en cette matière la règle générale de l'article 1247. Du reste, en demandant une caution, le créancier a voulu se placer dans la même situation que s'il avait eu un débiteur notoirement solvable. Ses intérêts sont donc suffisamment sauvegardés du moment où l'accès de la caution n'est pas plus difficile pour lui que celui du débiteur principal.

Tout le monde admet, d'ailleurs, que le domicile dont parle l'article 2018, s'entend aussi bien d'un domicile d'élection que d'un domicile réel. Le débiteur pourra donc fournir une caution domiciliée hors de son ressort, mais ayant élu domicile dans ce ressort, parce que, dans ce cas encore, les poursuites pourront être exercées contre la caution sans plus de dérangement que si elles étaient dirigées contre le débiteur lui-même.

L'article 2019 dispose qu'on ne devra pas tenir compte, pour établir la solvabilité de la caution, des immeubles dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation. Faudra-t-il donc que ces immeubles se trouvent, comme la caution elle-même, dans le ressort de la cour d'appel du domicile du débiteur ? Il semble, si l'on en croit M. Treilhard dans son Exposé des motifs, que telle était l'intention des rédacteurs du Code, mais, dans le silence du texte, les auteurs se refusent à ajouter à sa rigueur, et la Cour de cassation a jugé de même dans son arrêt du 14 mars 1838. Le point de savoir si un immeuble est ou non trop éloigné pour être compris dans l'actif de la caution, reste donc une pure question de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux.

Reste une question importante à examiner sous l'article 2020 conçu en ces termes :

« Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donnée une autre.

» Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu

» d'une convention par laquelle le créancier a exigé
» une telle personne pour caution. »

Si la caution devient incapable postérieurement au cautionnement, il n'en saurait résulter aucun préjudice pour le créancier, ce changement d'état ne peut affranchir le fidéjusseur de son obligation. Quant au changement de domicile de la caution dans le ressort d'une autre cour d'appel, M. Duranton (t. xviii, n° 325) croit que, dans ce cas, le créancier aura une action en garantie contre le débiteur, pour le contraindre à fournir une autre caution ou à résilier le contrat principal. Cette opinion n'est pas la nôtre, car notre article 2020 ne prévoit que le cas d'insolvabilité pécuniaire, et nous ne croyons pas pouvoir étendre la disposition de la loi à une hypothèse qu'elle n'a pas prévue.

Supposons maintenant que la caution est devenue insolvable postérieurement au cautionnement.

Plusieurs romanistes, à la suite de Bartole, estimaient que le débiteur ne devait la garantie future de la solvabilité de la caution, que dans le cas de caution judiciaire ou légale. Dans l'hypothèse d'un cautionnement conventionnel, l'insolvabilité postérieure devait être supportée par le créancier.

Nous avons vu, dans la deuxième partie de ce travail, que Pothier (n° 392) était d'avis différent. Il enseignait que le débiteur était tenu de fournir une autre caution en matière de cautionnement judiciaire ou légal. Pour ce qui est du cautionnement conventionnel, le célèbre jurisconsulte distinguait. Le débiteur s'était-il engagé à donner une caution indéterminément, il garantissait l'insolvabilité fu-

ture de cette caution: s'était-il au contraire obligé sous le cautionnement d'un tel, ou bien avait-il promis de donner un tel pour caution, il n'était pas tenu du renouvellement de la caution, lorsque celle-ci devenait insolvable postérieurement au cautionnement.

Les rédacteurs du Code se sont donc trouvés en présence des deux opinions de Bartole et de Pothier. Le projet du Code, tel qu'il fut soumis au Conseil d'Etat, voulait consacrer l'opinion bartoliste. Cette rédaction, vivement soutenue par Treilhard, Berlier et Bigot-Préameneu, ne fut point admise par le Conseil d'Etat, qui préféra l'avis de Pothier. Mais la doctrine de ce dernier auteur devait être profondément modifiée avant d'être communiquée au Tribunat, et la rédaction définitive vint considérablement aggraver la situation du débiteur.

En effet, dans la doctrine du jurisconsulte d'Orléans, le débiteur ne garantissait pas l'insolvabilité future de la caution lorsqu'il s'était obligé sous la caution d'un tel ou avait promis de donner un tel pour caution. Aux termes de l'article 2020, dans ces deux cas, le créancier peut demander une nouvelle caution. Ce n'est que dans l'hypothèse rare où le créancier aura exigé une certaine personne pour fidéjusseur, que l'insolvabilité de ce dernier sera à sa charge.

M. Troplong (n° 210) estime toutefois que, dans le cas où le débiteur s'est obligé sous la caution d'un tel, il ne garantit pas l'insolvabilité future de la caution. Cette opinion est fort équitable, mais ne nous paraît pas pouvoir être admise en présence du

texte formel de notre article, qui n'admet qu'une seule exception au principe.

Quelle est l'insolvabilité requise pour que le débiteur soit tenu de renouveler la caution ? Une insolvabilité partielle serait-elle suffisante ? Les Romains se prononçaient énergiquement pour la négative. Nous croyons que, dans ce cas, le débiteur pourrait être contraint de donner un supplément de caution, ou un certificateur de caution, à l'instar de ce qui se passe en matière hypothécaire. On peut ici raisonner par analogie de l'article 2131, qui décide que le créancier peut obtenir un supplément d'hypothèques, lorsque l'immeuble affecté a subi des dégradations, et que par suite il a rendu la garantie insuffisante. Il faut donc que l'insolvabilité de la caution soit complète pour que, dans le cas exceptionnel prévu par l'article 2020, un nouveau fidéjusseur puisse être exigé. D'autres auteurs, et parmi eux, M. Pont (n° 144), considèrent la caution comme insolvable, lorsqu'elle cesse de remplir les conditions exigées par l'article 2019.

Que décider si, postérieurement à la fidéjussion, des hypothèques légales viennent frapper les immeubles de la caution ? Peut-on dire dès lors que la solvabilité de celle-ci est diminuée ? MM. Duranton (t. xviii, n° 329), Troplong (n° 219), Massé et Vergé (sur Zachariæ, t. v, p. 65) soutiennent que la sûreté n'est pas diminuée et que par suite le renouvellement de la caution n'est pas nécessaire. Nous croyons que c'est là un point de fait qui doit être laissé à l'appréciation des tribunaux qui décideront, suivant les circonstances, si la garantie a été ou non amoindrie.

Inutile de dire que la mort de la caution n'équivaut pas à son insolvabilité. En effet, aux termes de l'article 1017, l'engagement de la caution passe à ses héritiers.

Lorsque le cautionnement est éteint par confusion, c'est-à-dire lorsque le débiteur hérite de la caution, ou la caution du débiteur, ou le créancier de la caution, une nouvelle caution devra-t-elle être fournie ? Nous ne le pensons pas, car, encore une fois, l'article 2020 ne prévoit qu'un seul cas de renouvellement, et nous ne croyons pas pouvoir étendre à d'autres espèces une disposition déjà si rigoureuse pour le débiteur.



§ III. — QUELLES DETTES PEUT-ON CAUTIONNER ?

Le cautionnement, étant un contrat accessoire, ne peut par cela même avoir une existence indépendante : il doit se lier à une obligation principale. Mais il ne suffit pas qu'il y ait une obligation principale à laquelle le cautionnement puisse adhérer ; il faut que cette obligation soit *valable* (art. 2012, 1^o). Il est manifeste, en effet, qu'il ne saurait y avoir de cautionnement, si l'obligation principale est nulle, si elle n'a pas d'existence juridique, soit parce qu'elle est contraire à la loi ou aux bonnes mœurs,

soit parce qu'elle est sans objet ou sans cause ; on ne cautionne pas le néant.

Il faut ici distinguer entre les contrats nuls d'une nullité absolue, et ceux affectés d'une nullité simplement relative. Les premiers sont atteints dans leur principe même ; dans les seconds, l'obligation, tout en étant imparfaite, conserve cependant une certaine existence, de sorte qu'elle n'est pas absolument nulle, mais seulement annulable. « *Les premiers sont morts-nés, les autres sont malades, dit M. Demolombe, mais ils peuvent être guéris par une ratification postérieure.* »

De plus, parmi les contrats radicalement nuls, il en est quelques-uns dans lesquels le législateur, tout en annulant l'obligation du débiteur, soumet celui-ci, par un principe d'équité, à une obligation secondaire en dommages-intérêts. Tel est le cas de l'article 1599, et nous pensons que l'obligation de dommages-intérêts dont il y est parlé au profit de l'acheteur de bonne foi peut être cautionnée.

Au rang des contrats annulables, nous en trouvons qui sont tels par suite d'un vice du consentement, erreur, dol, violence, et d'autres rescindables seulement en vertu d'une exception purement personnelle à l'obligé, et que lui seul peut invoquer. Examinons-les successivement.

L'obligation a été consentie par une personne dont le consentement a été donné par erreur, surpris par dol, ou arraché par violence ; en principe, du moins, une telle obligation peut être cautionnée. Nous sommes en présence d'une obligation simplement annulable, susceptible de ratification expresse,

ou tacite par suite de l'inaction pendant dix ans de celui à qui la loi ouvre l'action en rescision (art. 1304).

Si l'obligation vient à être ratifiée, le cautionnement qui l'a accompagnée sera par là même validé. Au contraire, si le débiteur principal, faisant valoir son action en rescision, fait tomber l'obligation principale, le cautionnement s'évanouit par là même; car la nullité agissant alors rétroactivement, l'obligation principale est censée n'avoir jamais existé, de sorte que l'obligation de la caution est désormais sans objet. Cela ressort nettement des travaux préparatoires du Code, et en particulier du rapport de Chabot au Tribunat, et du discours du tribun Lahary au Corps législatif. Le cautionnement ne subsisterait que dans le cas où l'annulation de l'obligation principale laisserait subsister une obligation naturelle.

MM. Troplong (n° 90) et Ponsot (n° 60) ne partagent pas cette manière de voir; ils déclarent nul le cautionnement, même au cas où l'obligation, vicieuse *ab initio*, est ensuite devenue valable par la ratification du débiteur. La confirmation postérieure, disent-ils, ne saurait nuire au fidéjusseur.

Si la caution est intervenue un certain temps, six ans par exemple, après l'engagement du débiteur principal, son obligation sera définitive au bout de quatre ans, car elle suit le sort de celle du débiteur tacitement ratifiée au bout de dix ans.

Abordons maintenant l'étude des contrats annulables en vertu d'une exception purement personnelle à l'obligé, et que lui seul peut invoquer.

1° **Mineur.** — L'article 2012, *in fine*, cite cette espèce comme exemple. Il faut ici distinguer deux cas, celui où le cautionnement est intervenu avant l'annulation de l'obligation du mineur, et celui où il n'est intervenu qu'après.

A. — Le cautionnement est intervenu avant l'annulation de l'obligation du mineur. L'obligation du mineur est-elle rescindable pour lésion, le cautionnement sera valable, car *nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit*, de plus la caution ne peut pas opposer l'incapacité du mineur.

L'engagement du mineur est-il nul pour vice de forme, le cautionnement est valable *a fortiori*, car l'irrégularité de l'acte devait sauter aux yeux de la caution.

B. — La caution est intervenue après l'annulation de l'obligation du mineur. L'obligation civile servant de base au cautionnement a disparu, mais il reste à la charge du mineur une obligation naturelle susceptible d'être cautionnée. Les auteurs sont unanimes à déclarer le cautionnement valable, et la Cour de cassation a confirmé la doctrine dans deux arrêts (30 novembre 1812 et 30 mai 1814, — Dalloz 14, 1, 376, et 15, 1, 551). La caution toutefois pourrait se faire délier de son engagement, en prouvant que l'obligation principale était non pas annulable seulement, mais même radicalement nulle, faute de consentement, par exemple au cas où elle a été contractée par un mineur à peine âgé de quelques années.

Au lieu d'un mineur ordinaire, supposons un

mineur émancipé contractant une obligation. MM. Delvincourt et Duranton veulent donner l'exception à la caution, lorsque la réduction est fondée sur la mauvaise foi du créancier (art 484) ; car, disent-ils, on se trouve ici en présence d'une exception réelle pouvant être opposée aussi bien par la caution que par le mineur. Si la mauvaise foi constituait un vol caractérisé, à notre avis elle supprimerait même l'obligation naturelle, et le cautionnement tomberait par là même. Mais si elle consistait simplement dans une certaine facilité à se prêter aux dépenses exagérées du mineur, la rescision laisserait au moins subsister une obligation naturelle qui soutiendrait le cautionnement. D'ailleurs l'exception n'est accordée qu'en considération de l'âge, de l'état du contractant, et par suite elle est personnelle.

Que décider quand la restitution obtenue par le mineur lui enlève une qualité en laquelle il avait contracté, par exemple celle d'héritier qu'il avait prise sans l'accomplissement des formalités nécessaires. Si l'incapable, dit-on, en obtenant la restitution contre la qualité d'héritier, fait tomber les engagements par lui contractés en cette qualité, ces engagements disparaissent avec le titre d'héritier, et par suite les cautions données pour en garantir l'exécution s'évanouissent. Telle est l'opinion de Pothier (n° 382) et de M. Delvincourt (t. III, p. 253, note 4). Nous préférons la manière de voir de M. Pont (n° 44), qui dit que les cautions continuent d'être obligées, parce que le cautionnement reste encore soutenu par l'obligation naturelle qui survit à l'obligation civile annulée.

2° **Interdit.** — Il faut appliquer au cautionnement de l'obligation de l'interdit les règles ci-dessus énoncées pour le mineur. M. Delvincourt a soutenu que, dans ce cas, l'obligation de la caution n'est pas valable comme cautionnement, parce que, d'après l'article 502, tous actes passés par l'interdit, postérieurement à l'interdiction, sont nuls de droit. Mais tout le monde admet que cette nullité de l'article précité n'est qu'une nullité relative et temporaire. Toutefois M. Delvincourt valide l'engagement de la caution comme obligation principale contractée *animo donandi*, et il valide le cautionnement du quasi-contrat de l'interdit. Quant à nous, persuadé que le jugement ne fait que conférer une exception purement personnelle à l'interdit, nous n'hésitons pas à déclarer valable le cautionnement par un tiers de l'obligation contractée par un interdit postérieurement à l'interdiction, et à croire que la rescision de l'obligation de ce dernier laisse subsister à sa charge une obligation naturelle pouvant servir de base à un cautionnement.

Il est d'ailleurs évident, sans qu'il faille distinguer si le cautionnement est intervenu avant ou après la rescision, que s'il est prouvé qu'au moment de contracter, l'interdit était dans un moment de folie ou de démence, et par suite complètement incapable de consentir, l'obligation sera absolument nulle et non pas seulement annulable, que par suite il ne saurait être question d'obligation même naturelle, ni partant de cautionnement.

Une remarque commune au mineur et à l'interdit, c'est que, quand l'acte est passé, non par l'incapa-

ble, mais par le tuteur sans l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, il est absolument nul, et non plus annulable, par suite l'intervention d'une caution serait impossible.

Les obligations consenties par l'individu pourvu d'un conseil judiciaire en contravention aux dispositions de la loi, sont toujours susceptibles d'être cautionnées, car cette personne sera dans tous les cas tenue au moins d'une obligation naturelle, la loi ne présumant jamais chez elle le défaut absolu du consentement.

3° Femme mariée. — La question de savoir si l'obligation consentie par la femme mariée sans autorisation du mari ou de justice, pouvait être cautionnée, était controversée dans l'ancien droit français. Domat et Basnage nous apprennent que, dans les coutumes où la femme qui est en puissance de mari, ne peut point s'obliger du tout, si le mari se rend caution de l'obligation de sa femme, il sera obligé, quoique l'obligation de la femme demeure toujours nulle. Pothier était d'avis différent. Selon lui, on ne doit pas comparer, sous ce rapport, la femme en puissance de mari au mineur. L'obligation d'un mineur n'est pas nulle, car celui-ci a la ressource de la restitution qui laisse à sa charge une obligation naturelle; au contraire, dit le jurisconsulte d'Orléans, l'obligation de la femme mariée non autorisée est absolument nulle, et par suite ne saurait servir de base à un cautionnement. Le Code civil a tranché la question dans le sens de la nullité relative de l'obligation contractée par la

femme mariée sans autorisation, et l'exception que cette annulabilité confère à la femme, lui est tout-à-fait personnelle et ne peut être invoquée par la caution. Cependant, il reste à la charge de la femme dont l'obligation a été rescindée, une obligation naturelle qui peut être garantie par des fidéjusseurs.

Qu'arrivera-t-il dans l'espèce d'un cautionnement donné pour garantir la vente d'un fonds dotal? Il faut faire ici plusieurs distinctions.

Si le mari ou la femme, en vendant l'immeuble, a averti l'acheteur qu'il était dotal, sans le garantir de l'éviction, l'acheteur évincé n'aura droit à aucuns dommages-intérêts, et la caution qui aurait été fournie ne serait pas tenue d'une obligation qui n'existait pas à la charge du vendeur.

Si, au contraire, l'un des époux a caché à l'acheteur la dotalité du fonds, et par suite son caractère d'inaliénabilité, le mari sur tous ses biens, la femme sur ses paraphernaux, devront indemniser l'acheteur, et la caution sera engagée envers lui.

Mais que décider au cas où l'un des conjoints a déclaré à l'acheteur que le fonds était dotal, et l'a en outre garanti de l'éviction? Le tiers qui a cautionné cette promesse de garantie est-il valablement obligé?

Merlin (Dot, 58, n° 5) décide que la promesse de garantie est nulle, que par suite le cautionnement subit le même sort. Nous pensons avec la plupart des auteurs, que la vente du fonds dotal peut être valablement cautionnée; la Cour de cassation a consacré cette doctrine dans deux arrêts des 11

mars 1807 et 3 août 1825 (Sirey, 7, 1, 214; 26, 1, 119).

MM. Aubry et Rau (t. iv, § 423, p. 674, note 6) disent qu'on peut garantir l'exécution de la vente d'un fonds dotal, mais qu'on ne peut, à proprement parler, la cautionner. Ils font remarquer que cet engagement d'un tiers constitue plutôt une obligation d'un porte-fort que celui d'une caution. « N'est-il pas évident, disent-ils, qu'un pareil engagement n'a d'autre objet que de garantir l'acquéreur contre les suites de la demande en nullité de la vente? » Cette observation démontre, comme le fait remarquer M. Troplong (n° 31), que la controverse sur la question de savoir si la vente d'un fonds dotal peut ou non être cautionnée, n'est guère qu'une dispute de mots. »

Nous venons de voir que la rescision des obligations des incapables laisse subsister à la charge de ces derniers une obligation naturelle susceptible d'être cautionnée. Mais faut-il généraliser, et dire que toute obligation naturelle peut servir de base à un cautionnement?

Et d'abord, qu'est-ce qu'une obligation naturelle en droit français? Si nous ouvrons le Code civil, nous ne serons guère plus renseigné sur la question. Le seul endroit où il en soit parlé est l'article 1235, qui nous apprend, dans son deuxième alinéa, que « la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. » Mais le Code se garde bien de nous expliquer ce qu'il entend par obligation naturelle.

Dans le droit romain, où les actions établies par

le droit civil et même par le droit prétorien étaient rigoureusement limitées, on appelait ainsi toute obligation non munie d'action. Aujourd'hui, toutes les obligations étant munies d'actions, il ne saurait y avoir d'obligations naturelles en ce sens. Nous avons vu, dans notre deuxième partie, que Pothier (n° 173) définit l'obligation naturelle « celle qui dans » le for de l'honneur et de la conscience, oblige » celui qui l'a contractée à l'accomplissement de » ce qui y est contenu ; » et qu'il déclare que ces obligations ne peuvent être cautionnées.

Aujourd'hui, dans le silence de la loi, chaque auteur a sa théorie sur les obligations naturelles. Observons cependant que la doctrine de Pothier est généralement abandonnée, et que l'opinion dominante se refuse à voir des obligations naturelles dans ces obligations qu'on nomme devoirs de conscience et de morale.

Seul M. Larombière enseigne que toute obligation de conscience est susceptible d'être cautionnée, parce que, dit-il, le cautionnement opère une novation qui transforme la dette naturelle en dette civile (Oblig., art. 1235, n° 10). Mais il faudrait d'abord que la dette eût une existence juridique, pour que cette transformation pût avoir lieu, puisqu'on ne saurait nover ni cautionner une dette inexistante, et l'existence juridique ne résulte certainement pas de l'expression obligation naturelle, mal à propos employée pour désigner les simples devoirs de conscience.

L'obligation naturelle, d'après la majorité des auteurs, est une obligation civile, dont l'efficacité

juridique est paralysée par l'effet d'une présomption légale, au bénéfice de laquelle le débiteur peut volontairement renoncer, et contre laquelle on n'admet d'autre preuve que l'aveu de l'obligé. Ainsi, si l'obligation naturelle n'est point pourvue d'action, c'est simplement parce que son exécution forcée exigerait des preuves impossibles à faire, ou dont l'admission serait dangereuse pour l'ordre public.

Ainsi entendue, toute obligation naturelle peut être l'objet d'un cautionnement. C'est là un point de tradition (Voyez Domat, Des Conventions en général, sect. 1, n° 3), et qui ne saurait faire difficulté sous l'empire du Code. MM. Aubry et Rau (t. iv, § 424, p. 676) ont tort de dire que celui qui a cautionné une dette purement naturelle ne peut être contraint à l'acquitter. Ajoutons toutefois que, si la caution a garanti une obligation annulable, par exemple celle d'un mineur, dont la nullité est ensuite prononcée, et qui se transforme alors en obligation naturelle, il y aura à rechercher, pour dire si le cautionnement continue d'adhérer à l'obligation ainsi transformée, l'intention de celui qui s'est porté caution. A-t-il eu simplement en vue le cas où l'obligation serait ratifiée par le débiteur principal, et n'a-t-il entendu garantir le créancier que contre l'insolvabilité de ce débiteur, l'annulation de l'obligation principale entraînera avec elle l'extinction du cautionnement. Au contraire, a-t-il entendu s'engager même pour le cas où l'annulation de l'obligation principale serait prononcée, a-t-il eu en vue non-seulement l'obligation telle

qu'elle existe au moment où le cautionnement intervient, mais encore l'obligation naturelle qui pourra y être substituée, et c'est ce qui arrive habituellement, il répond alors au créancier de tous les risques; il le couvre et contre les effets de l'insolvabilité du débiteur principal, et contre les suites de l'incapacité.

Nous avons décidé que l'obligation naturelle du mineur, de l'interdit, de la femme mariée, pouvait être valablement cautionnée; certains auteurs admettent la même solution pour l'obligation naturelle qui, selon eux, survit à la prescription. Examinons quelques autres cas sur lesquels les auteurs sont loin d'être toujours d'accord.

Ne peuvent être cautionnées, à notre avis, les obligations dérivant d'un lien de parenté non reconnu par la loi ou non établi dans les formes légales, par exemple le lien qui unit à son père un enfant adultérin ou un enfant naturel non reconnu, ou bien encore les obligations imposées à l'héritier légitime par un testament irrégulier, parce qu'il n'y a là que des obligations morales, incapables de donner naissance à un lien de droit.

MM. Duranton (t. x, n° 41) et Ponsot (n° 71) croient que le serment décisoire laisse subsister après lui une obligation naturelle pouvant être cautionnée. Nous ne croyons pas pouvoir nous ranger à cette opinion, car le Code considère le serment comme une transaction et non comme une présomption. Il faudrait excepter le cas où la partie refuse de prêter le serment qui lui est déféré, puisque, dans cette hypothèse, la transaction offerte a été rejetée.

La transaction est volontaire, tandis que la chose jugée se produit malgré la partie condamnée. Le jugement n'établit qu'une simple présomption en faveur de la partie gagnante. Il en résulte qu'au jugement survit une obligation naturelle qui peut servir de base à un cautionnement. L'assimilation que les auteurs précités font entre les effets du serment et ceux de la chose jugée, n'est donc pas fondée.

Quid de la dette de jeu ? Cette question est très controversée. A notre avis, la dette de jeu ne peut être cautionnée. On nous objecte l'article 1967, aux termes duquel le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu dol ou escroquerie de la part du gagnant. Si la loi refuse la répétition au perdant, c'est pour le même motif qu'elle refuse l'action au gagnant, parce que l'obligation a activement et passivement une *turpis causa*, parce que *in pari causa, melior est causa possidentis*. La dette de jeu ne peut, sauf les cas où la loi donne action au gagnant, être cautionnée, parce que cette obligation est réprouvée par la loi dans un intérêt de morale et d'ordre public ; d'où il suit qu'elle est en droit radicalement nulle, et ne saurait produire par conséquent même une obligation naturelle sur laquelle puisse s'appuyer l'obligation accessoire de la caution.

L'examen des questions précédentes nous a montré que l'on peut cautionner les dettes civiles valables, les obligations civiles annulables et les dettes naturelles.

M. Duranton (t. xviii, n° 315) paraît enseigner

que les seules obligations de donner sont susceptibles d'être cautionnées. L'article premier du projet du Code semblait en effet vouloir établir cette règle restrictive, mais il fut modifié sur la proposition du Tribunat, et l'article 2011 n'a rien de limitatif. Aussi tous les autres auteurs reconnaissent que toute obligation, de faire ou de ne pas faire, aussi bien que de donner, peut servir de support à un cautionnement.

Il n'y a pas davantage à rechercher si l'obligation provient d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, si elle est intervenue entre Français et étrangers, si elle est civile ou commerciale, pure et simple, à terme ou conditionnelle.

Une obligation future peut aussi être cautionnée, sous la réserve toutefois que l'engagement résultant du cautionnement commencera seulement du jour où l'obligation principale sera contractée. C'est la force même des choses, l'essence d'un tel engagement, comme le fait remarquer Pothier, étant de ne pouvoir subsister sans une obligation principale. De là une conséquence déduite également par Pothier, c'est que, jusqu'au moment où l'obligation principale prend naissance, le cautionnement peut être révoqué par la caution, à la charge toutefois par elle de notifier au créancier son changement de volonté.

On peut également cautionner une obligation incertaine, pourvu qu'elle puisse ensuite être déterminée. C'est ainsi que la jurisprudence a décidé qu'il était permis de cautionner tous les effets qu'un ban-

quier aurait reçus du débiteur cautionné (Cass. 16 juin 1846; Dalloz 46, 1, 284).

On peut même cautionner l'obligation d'une caution; la nouvelle caution prend le nom de certificateur de caution, sous lequel elle est désignée par l'article 135, § 5 du Code de procédure.

Lorsque l'obligation principale a pour objet un corps certain, ou un fait absolument personnel au débiteur, la caution ne peut s'obliger à livrer une chose qui ne lui appartient pas, ou à exécuter un fait qu'elle ne peut accomplir: elle garantit seulement le paiement des dommages-intérêts qui seraient dus au créancier, dans le cas d'inexécution de l'obligation principale.



§ IV. — DE L'ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT.

De ce que le cautionnement est un contrat accessoire à une obligation principale, il résulte qu'au delà de cette obligation qui lui sert de support, il n'y a plus de cautionnement possible. C'est ce qu'exprime l'article 2013 en ces termes : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le » débiteur, ni être contracté sous des conditions » plus onéreuses. »

Nous avons vu en droit romain que la fidéjussion qui excédait l'obligation principale était nulle.

C'était là une conséquence du caractère unilatéral et *stricti juris* de ce contrat. Notre Code a consacré la doctrine pratiquée en cette matière par notre ancienne jurisprudence, qui suivait les règles du *mandatum pecuniæ credendæ* et du constitut, et comme dans notre droit actuel toutes les conventions sont de bonne foi, le législateur a décidé que le cautionnement exagéré n'est pas nul, qu'il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

Inutile de dire que le cautionnement peut être contracté pour une partie de la dette, et sous des conditions moins onéreuses.

Le cautionnement peut excéder l'obligation principale eu égard à la chose, au temps, au lieu, aux modalités.

1^o Chose. — Une personne doit 100 francs à un créancier, un tiers se porte caution pour 200 francs, il ne sera tenu que pour 100 francs. On s'est demandé si le surplus de l'obligation de la caution ne vaudrait pas comme donation ; la négative doit être adoptée sans hésitation ; car cette donation, pour être valable, devrait avoir été faite dans les formes légales, qui n'ont pas été observées ici, et partant elle est nulle.

Si la dette principale n'est pas liquide, et que la caution promet de payer une somme liquide, Pothier (n^o 371) enseignait que le fidéjusseur n'était obligé que jusqu'à concurrence du montant de la dette principale devenue liquide. Cette doctrine doit être encore suivie aujourd'hui, et il faut décider que le

créancier ne serait pas fondé à exiger de la caution cette somme par provision.

Quand la caution avait promis *aliud pro alio*, c'est-à-dire une chose autre que celle due par le débiteur, à Rome la fidéjussion était nulle. Pothier donne la même décision, mais le célèbre jurisconsulte s'est mépris sur le caractère de la fidéjussion, dont la nullité s'expliquait à Rome par la réponse : *Idem fidejubeo*, que faisait la caution, et qui était, dans l'espèce, inconciliable avec la promesse du débiteur. Cette décision de Pothier est d'autant plus étonnante que, dans l'ancien droit comme aujourd'hui, il n'y a plus de paroles solennelles employées pour la formation des contrats. Cette convention est aujourd'hui parfaitement valable, quelle que soit la dénomination dont on la gratifie. M. Duranton y voit une novation par changement d'objet.

2^o Temps. — A Rome, quand le fidéjusseur s'était obligé sous un terme plus rapproché que le *reus*, ou était tenu purement et simplement alors que l'engagement du débiteur principal était à terme, le cautionnement était nul.

Cujas soutint en partie l'opinion romaine. Etablissant une différence entre l'obligation conditionnelle et l'obligation à terme, il admettait que le fidéjusseur obligé purement et simplement pour un débiteur engagé sous condition, n'était pas tenu, parce que celui pour lequel il s'était engagé n'était pas lui-même obligé, l'obligation contractée conditionnellement n'étant pas actuelle. Mais il n'admettait pas que le fidéjusseur obligé purement et simple-

ment pour un débiteur à terme ne fût pas obligé immédiatement, le débiteur principal étant lui-même dès à présent obligé. Néanmoins Pothier (n° 475), suivant en cela le sentiment d'Accurse, fait justement remarquer qu'il suffit que les lois disent en général que les fidéjusseurs ne peuvent pas s'obliger *in duriores causam*, pour qu'on en doive conclure qu'ils ne peuvent s'obliger à payer dans un terme plus court que celui assigné au débiteur principal, « car il est clair que la condition de celui » qui est obligé à payer *hic et nunc* et sans terme, » est plus dure que l'obligation de celui qui a un » terme ; et il est vrai de dire qu'il est obligé à » plus, car le plus s'estime non-seulement *quantitate*, mais aussi *die*. »

Aujourd'hui, en présence des termes formels de l'article 2013, il faut décider que, dans tous les cas, la caution jouit des mêmes délais que le débiteur principal, et que, malgré sa promesse de payer avant le terme accordé au *reus*, elle ne pourrait être poursuivie avant l'expiration de ce terme. Ainsi le sursis accordé au débiteur profite à la caution ; nous excepterons toutefois le délai de grâce, ne pensant pas que le garant puisse invoquer cette faveur toute personnelle au débiteur.

Le cautionnement, ainsi réductible comme cautionnement, ne pourrait-il pas être maintenu en entier comme pacte de constitut ? C'est là, croyons-nous, une pure question d'interprétation de la convention intervenue entre la caution et le créancier.

Si le débiteur principal s'est obligé sous condition, et la caution purement et simplement, l'obli-

gation de cette dernière sera affectée de la même modalité que celle du débiteur, et par suite si la condition mise à l'obligation principale ne se réalise pas, la caution ne devra rien.

3° Lieu. — Le débiteur principal s'est obligé à payer à Paris, et la caution à Lyon; la caution pourra à son choix payer soit à Paris, comme le permet l'obligation principale qu'elle acquitte, soit à Lyon aux termes de son contrat.

4° Modalités. — Le débiteur principal a promis au créancier une chose, et la caution a promis à ce même créancier la même chose ou une autre; en ce cas elle s'est obligée sous une condition plus onéreuse que le débiteur principal, comme nous l'avons démontré dans notre première partie. Il faut donc sous le Code, décider, dans l'espèce, que la perte de la chose due par le débiteur principal libérera la caution, comme elle libère le débiteur. L'autre chose est seulement pour la caution *in facultate solutionis*.

Toutefois, si en elle-même l'obligation de la caution ne peut pas excéder celle du débiteur principal, ni être contractée sous des conditions plus onéreuses, rien ne s'oppose à ce que, au point de vue du lien de droit et des moyens d'exécution mis par la loi à la disposition du créancier, elle ne soit plus rigoureusement obligée que le débiteur. C'est ainsi qu'alors que le débiteur principal est tenu seulement d'une obligation naturelle, la caution peut accéder à cette dette, et s'engager civilement; elle est, en ce cas, plus étroitement liée, puisqu'elle peut être

contrainte à payer, tandis qu'à défaut d'action, le créancier ne peut pas contraindre le débiteur principal. Nous verrons plus loin que, lorsque le débiteur a des exceptions personnelles, telles que la cession de biens, la faillite, qu'il peut opposer au créancier, le bénéfice lui en est exclusivement réservé par la loi, de sorte que la caution se trouve seule en face du créancier.

Il est évident que la caution peut ajouter une sûreté réelle, un gage, une hypothèque, à la garantie personnelle résultant du contrat de cautionnement. On ne saurait dire en ce cas que le cautionnement excède l'obligation principale, ou qu'il est contracté sous des conditions plus onéreuses. La sûreté réelle n'aggrave pas les obligations de la caution, car si celle-ci n'avait pas fourni cette garantie, elle n'en eut pas moins été tenue de remplir son engagement sur tous ses biens meubles et immeubles. Il y a là une affectation spéciale, avantageuse au créancier, sans doute, mais qui n'est pas une aggravation de la charge de la caution, car celle-ci ne sera pas plus atteinte si elle est déposée en vertu de l'affectation spéciale qu'en vertu du droit de gage général.

L'article 2014 nous apprend « qu'on peut se rendre » caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, » et même à son insu. »

« Le cautionnement, dit l'article 2015, ne se présume point, il doit être exprès. » De là il ne résulte pas qu'il doive être écrit, mais le créancier fera bien d'exiger un écrit *ad probationem*. Ce contrat, dans notre ancien droit, n'était assujéti à

aucune forme, il en est de même encore aujourd'hui. Il peut être consenti par acte authentique ou sous seing privé, par simple lettre ou verbalement. Son existence peut-être prouvée même par témoins, lorsque cette preuve est admissible d'après les règles générales sur les preuves des obligations. Nous trouvons en ce sens deux arrêts de la Cour de Cassation des 26 mai 1829 et 1^{er} février 1836 (Dalloz, 29, 1, 252 ; 36, 1, 84).

Il faut que la caution ait manifesté clairement l'intention de s'obliger. Celui qui se borne à donner des conseils ou des renseignements sur une personne, n'est pas en général réputé avoir voulu se porter caution. C'est là une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux qui statueront suivant les circonstances particulières de la cause.

L'article 2015, *in fine*, ajoute que « l'on ne peut » étendre le cautionnement au delà des limites dans » lesquelles il a été contracté. » On traduit habituellement cette règle en disant que le cautionnement ne doit pas être étendu *de persona ad personam, de tempore ad tempus, de re ad rem*. Ainsi, quand je cautionne l'un de plusieurs débiteurs solidaires, je ne dois pas être considéré comme ayant cautionné en même temps par là ses codébiteurs, bien que ceux-ci soient tenus de la même obligation. Ce point est néanmoins controversé ; nous l'examinerons sous l'article 2023. De même la caution donnée pour le bail ne s'étend pas à la tacite reconduction (art. 1740). Celle donnée pour sûreté des fermages ne garantit pas les indemnités dont le fermier peut être tenu.

La caution qui garantit le paiement du capital n'est pas tenue de celui des intérêts. Le tribun Lahary a soutenu vivement au Tribunat contre M. de Malleville cette théorie, qui était celle de l'ancien droit, et qui fut consacrée par la jurisprudence.

L'article 2016 est rédigé en ces termes : « Le cautionnement indéfini s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. »

Le jurisconsulte romain Paul (L. 56 Dig., De edit. edict.) nous apprend que le cautionnement est indéfini lorsqu'il a été contracté *in universam causam*, c'est-à-dire lorsque rien dans le contrat ne le restreint d'une manière expresse ou tacite. En pareil cas, on considère que le créancier a stipulé de la caution son désintéressement complet.

C'est pourquoi l'article 2016 dispose d'abord que le cautionnement indéfini s'étend à tous les accessoires de la dette. Ainsi cette caution répond de l'acquittement de la dette principale, du paiement des intérêts stipulés ou non stipulés, des dommages-intérêts, enfin des indemnités dues pour faute et mauvaise gestion.

Pothier (n° 405) enseigne que la caution doit être tenue des frais faits contre le principal obligé ; mais pour empêcher qu'elle ne soit ruinée par les frais faits à son insu, et qu'elle aurait pu éviter en payant, si elle avait été avertie, il admet que, jusqu'à ce qu'elle ait été avertie des poursuites, elle ne sera tenue que des frais du premier commandement ou du premier exploit de demande.

Le Code a reproduit la théorie du célèbre jurisconsulte. La caution, prévenue ou non, répond des frais de la première demande. Mais, pour qu'elle soit tenue des frais postérieurs, la loi exige que le créancier lui dénonce les poursuites, afin qu'elle soit ainsi mise en demeure de payer; et, faute par lui de le faire, tous les frais subséquents à la première demande ne seraient pas garantis par la caution.

Le cautionnement, quelque étendu qu'il soit, ne saurait jamais s'étendre aux obligations ayant une cause étrangère au contrat.

Terminons ce chapitre par l'examen de l'article 2017. « Les engagements des cautions passent » à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte » par corps, si l'engagement était tel que la caution » y fût obligée. »

C'est là une application de ce principe que tous droits actifs et passifs d'une personne passent, au moment de son décès, sur la tête de ses héritiers. Certains auteurs, trouvant cette disposition inutile, ont cru que le législateur avait eu une autre pensée, et prétendent que l'article 2017 a voulu transférer aux héritiers de la caution l'obligation de celle-ci avec le même caractère de solidarité qu'elle avait sur la tête de leur auteur. Cette théorie est insoutenable, car si le législateur avait eu l'intention qu'on lui prête, il se serait expliqué sur une dérogation si importante aux principes généraux du droit. Les travaux préparatoires du Code sont en sens contraire, et le rapport de Chabot montre que le cautionnement a été assimilé sur ce point aux autres contrats.

Du reste, la disposition de l'article 2017 n'est pas aussi inutile qu'elle le semble à première vue. Cette disposition, qui semble banale, n'était pas admise dans l'ancien droit romain antérieur à la fidéjussion, et il en était de même dans le très ancien droit français. Notre ancienne jurisprudence n'avait pas admis sans difficulté le principe actuel, et c'est probablement en vue de dissiper toute incertitude à cet égard, que les rédacteurs du Code ont rappelé ici la règle du droit commun.

La disposition de notre article relative à la contrainte par corps est sans application aujourd'hui, la contrainte par corps ayant été abolie en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867.



CHAPITRE II

Des Effets du Cautionnement

SECTION I. — *Des Effets du Cautionnement entre le créancier et la caution*

§ I. — DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION

L'engagement de la caution, avons-nous dit dans le chapitre précédent, pour être accessoire et secondaire, n'en est pas moins pur et simple. Il suit de là que, la dette une fois échue, le créancier en peut, à sa volonté, demander le paiement à la caution aussi bien qu'au débiteur principal, sans même avoir besoin de mettre celui-ci en demeure. Toutefois MM. Delvincourt (sur l'art. 2021), Duranton (t. xviii, n° 331), et Zachariæ (§ 425, note 35) ont soutenu le contraire. S'appuyant sur les mots de l'article 2021 : « La caution n'est obligée envers le » créancier à le payer qu'à défaut du débiteur », ils exigent la mise en demeure préalable du débiteur, sauf le cas où cette mise en demeure a lieu de plein droit, d'où ils concluent que le créancier ne peut agir contre la caution, qu'en rapportant la preuve

du retard mis par le débiteur à l'accomplissement de ses obligations. « Mais, dirons-nous avec MM. » Aubry et Rau (t. iv, § 426, p. 681, note 6), ces » termes, qui n'ont évidemment pour but que d'ex- » pliquer le bénéfice de discussion, et qui ne doi- » vent pas être isolés de la suite de l'article 2021, » ne nous paraissent pas autoriser une pareille » conclusion. D'ailleurs, les auteurs ci-dessus in- » diqués nous semblent manquer de conséquence » en admettant que, dans le cas où la mise en » demeure du débiteur a lieu de plein droit, le » créancier peut poursuivre la caution sans som- » mation préalable faite au débiteur : il est évident » que, même en pareille circonstance, le créancier » ne justifie en aucune manière de l'inexécution de » l'obligation principale. »

Si la caution est tenue directement envers le créancier, il n'en est pas moins vrai qu'en définitive, c'est au débiteur principal à supporter le fardeau de l'obligation. Si donc, en poursuivant le débiteur, le créancier doit arriver facilement à se faire désintéresser, si la caution lui démontre qu'il sera certainement payé, il est de toute justice que le créancier soit contraint à actionner d'abord le débiteur, sauf à se retourner ensuite contre la caution, en cas d'insuccès total ou partiel. Aussi le législateur a-t-il consacré cette manière de voir en établissant le bénéfice de discussion dans l'article 2021, qui est ainsi conçu :

« La caution n'est obligée envers le créancier à » le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être » préalablement discuté dans ses biens ; à moins

» que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. »

En principe, toute caution peut invoquer le bénéfice de discussion. Mais le législateur vient apporter bien des restrictions à cette règle.

Remarquons d'abord que, comme dans notre ancien droit, la clause de renonciation au bénéfice de discussion est très fréquente chez nous, et que même beaucoup de notaires, pour ne pas dire tous, l'insèrent dans leurs actes, même au cas où les parties ne se sont point expliquées à cet égard. Cette pratique est, il faut le reconnaître, bien peu conforme à l'esprit de la loi, mais elle est presque générale, et l'on peut dire qu'aujourd'hui, comme avant 1789, la renonciation au bénéfice de discussion est devenue de style.

Cette renonciation a lieu habituellement dès le principe et dans l'acte même de cautionnement ; elle pourrait toutefois intervenir utilement plus tard, au moment même des poursuites dirigées par le créancier contre la caution. Elle est ordinairement expresse ; une renonciation virtuelle et tacite serait néanmoins valable, mais elle ne pourrait résulter que de termes ou d'actes indiquant manifestement, de la part du fidéjusseur, la volonté de renoncer.

Sans parler de la caution judiciaire (art. 2042), dont nous n'avons pas à nous occuper, il y a plusieurs cautions conventionnelles qui, de par la loi,

et indépendamment de toute renonciation, ne peut prétendre au bénéfice de discussion.

La caution qui s'est engagée solidairement avec le débiteur principal ne jouit pas de l'exception de discussion. L'article 2021 s'en explique formellement; du reste, il n'a fait en cela que tirer une conséquence d'un principe fondamental du droit des obligations. Nous verrons plus loin que l'article 2026 refuse aussi à cette espèce de caution le bénéfice de division.

Remarquons ici que la dénomination de *caution solidaire*, composée de deux mots dont le sens est diamétralement opposé, n'est pas très heureuse.

La caution solidaire ne se confond pas toutefois avec le codébiteur solidaire, comme on pourrait le supposer au premier abord. A l'égard du créancier, la situation de l'une et de l'autre est à peu près identique. Mais elle diffère dans leurs rapports avec le débiteur: en effet, la qualité de caution établit au profit de celui qui la prend, la présomption légale que la dette a été contractée dans l'intérêt exclusif de l'individu désigné dans l'acte comme débiteur; la qualité de codébiteur établit, au contraire, contre celui qui est intervenu à ce titre, la présomption légale que la dette a été contractée dans un intérêt commun à toutes les parties. La caution solidaire peut donc, après qu'elle a payé, recourir pour le tout contre le débiteur, sans être obligée de prouver préalablement qu'elle n'avait aucun intérêt dans la dette, tandis que le codébiteur solidaire ne peut recourir pour le tout qu'autant qu'il prouve que la dette avait été contractée dans le

seul intérêt de l'autre partie. En outre, la caution, même solidaire, n'est jamais obligée que d'une façon accessoire, de sorte que son engagement ne pourra être ni plus étendu que l'obligation principale, ni survivre à cette dernière. Par exemple, si une obligation entachée de violence a été garantie par une caution solidaire, l'annulation de cette obligation anéantira du même coup l'engagement de la caution. Dans la dette solidaire proprement dite, au contraire, nous trouvons toujours deux obligations principales.

Notons encore que le cautionnement solidaire est, comme la clause de renonciation au bénéfice de discussion, fort en usage chez nous ; on le rencontre dans presque tous les actes de cautionnement notariés.

La caution ne peut opposer le bénéfice de discussion quand le débiteur principal est notoirement insolvable.

Elle ne le peut pas davantage lorsqu'elle devient l'héritière du débiteur principal, car alors elle reste tenue comme débitrice, puisqu'elle succède à l'obligation de son auteur.

Il en est encore de même dans le cas où la caution du vendeur trouble l'acheteur par une action en revendication, et que celui-ci oppose la règle : *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. En effet, le bénéfice de discussion ne peut être invoqué que lorsque le débiteur principal peut acquitter la dette. Dans l'espèce, le vendeur n'est pas l'auteur du trouble, c'est la caution seule qui le cause, c'est elle seule qui peut le faire cesser en abandonnant son action.

Les auteurs sont à peu près d'accord relativement aux hypothèses ci-dessus énumérées. Il y en a deux autres où la controverse éclate entre les jurisconsultes.

Lorsque la caution se trouve pour d'autres causes créancière du créancier, et qu'elle le poursuit pour obtenir paiement, M. Troplong (n° 235), s'appuyant sur l'autorité de Balde et d'autres auteurs anciens, décide que, le créancier offrant la compensation, la caution ne peut empêcher l'effet de cette compensation en opposant le bénéfice de discussion. D'autres auteurs, et notamment M. Pont (n° 159), dont nous préférons la doctrine, sont d'avis contraire.

Examinons maintenant la deuxième hypothèse. Bien qu'elle ne rentre pas dans notre sujet, nous la croyons trop importante pour la passer sous silence. Plusieurs jurisconsultes, parmi lesquels M. Troplong (n° 233) et MM. Delamarre et Lepoitevin (Cont. de Com., t. II, n° 302), soutiennent que le bénéfice de discussion n'est pas admis en matière commerciale. Ces auteurs considèrent ce bénéfice comme une rigueur dont il ne faut pas user contre un créancier qui a promptement besoin de son argent et de sa marchandise. On étend à tout le commerce la décision donnée par Justinien à l'égard des *argentarii*. Il est vrai que ces jurisconsultes accordent que leur doctrine n'est applicable qu'entre marchands ou personnes faisant acte de commerce, et que le non-négociant peut sans difficulté opposer le bénéfice de discussion au créancier commerçant envers lequel il s'est engagé comme caution en la forme ordinaire.

Même ainsi limitée, cette thèse ne nous semble pas soutenable. On oublie qu'à Rome les banquiers étaient soumis à une législation toute spéciale, et que les autres commerçants jouissaient du bénéfice d'ordre. Du reste, la loi est muette, et il faut s'en tenir ici au droit commun consacré par l'article 2021, en accordant le bénéfice qu'il établit aux commerçants qui cautionnent même une opération commerciale. Quand le législateur a voulu établir, en matière de cautionnement, une différence entre les commerçants et les non-commerçants, il s'en est expliqué ; c'est notamment ce qu'il a fait dans l'article 2019, à propos des règles à suivre pour l'appréciation de la solvabilité de la caution. Ce serait donc ajouter à la loi que de refuser aux cautions en matière commerciale le bénéfice qu'elle introduit.

Le président Favre décidait, dans notre ancienne jurisprudence, que, lorsque la caution renonce au bénéfice de discussion, cette renonciation n'est pas opposable au certificateur. Nous pensons, avec M. Troplong (n° 242), que cette opinion doit encore être suivie aujourd'hui.

L'article 2022 dit que « le créancier n'est obligé » de discuter le débiteur principal que lorsque la » caution le requiert, sur les premières poursuites » dirigées contre elle. »

Le bénéfice de discussion étant une faveur accordée par la loi, c'est à la caution à déclarer si elle entend ou non user de cette faculté. Si la caution n'oppose point l'exception de discussion sur les premières poursuites, et plaide au fond, le juge ne peut suppléer d'office cette exception.

Quelques-uns de nos anciens auteurs soutenaient que c'était là une exception péremptoire pouvant être proposée en tout état de cause. D'autres, parmi lesquels Pothier (n° 411) enseignaient que l'exception de discussion était seulement dilatoire, et que par suite elle devait être opposée avant la contestation en cause. Cette dernière opinion avait été consacrée par notre ancienne jurisprudence.

Le Code a reproduit la théorie de Pothier, mais il exige que le bénéfice soit réclamé sur les premières poursuites et non avant la contestation en cause. Les expressions différentes dont il se sert, et qui, suivant l'observation de Merlin, ne sont évidemment pas synonymes, impliquent l'idée que le silence seul susceptible de produire la déchéance de la caution poursuivie, est celui qui fait nécessairement présumer la renonciation de sa part à la faculté d'opposer l'exception.

Il est évident que si la caution a interjeté appel d'un jugement qui la condamnait, si elle a laissé prononcer la validité d'une saisie-arrêt faite sur elle, si elle a été condamnée par défaut, faute de conclure, si elle a opposé en compensation au créancier une dette dont elle prétendait que celui-ci était tenu envers elle, si elle soutient que le créancier réclame plus qu'il ne lui est dû, dans ces différentes espèces, la caution aura perdu le droit d'opposer le bénéfice de discussion.

Mais si la caution, *in limine litis*, nie sa qualité de caution, ou l'existence de la dette principale, il n'y aurait pas alors renonciation au bénéfice d'ordre, car ces actes ne sont que de simples préliminaires

du procès sur le fond. La Cour de Cassation a décidé, il est vrai, dans un arrêt du 27 janvier 1835 (Dalloz 35, 1, 123), que le bénéfice de discussion, devant être réclaté par la caution sur les premières poursuites dirigées contre elle, ne peut l'être pour la première fois en cause d'appel, alors même qu'en première instance la caution eût contesté l'existence ou l'étendue du cautionnement. Mais il y avait, dans la cause, cette circonstance particulière, qu'après avoir dénié sa qualité en première instance, la caution avait ensuite partiellement exécuté le jugement, ce qui avait déterminé les juges d'appel à déclarer la déchéance, et la Cour de Cassation à rejeter le pourvoi de la caution condamnée.

Il peut encore arriver que l'absence de toute réclamation de la part de la caution poursuivie ne soit pas, dans un tel ou tel cas donné, considérée comme impliquant renonciation au bénéfice de discussion. Il en serait ainsi, par exemple, si au moment des poursuites dirigées contre la caution, le débiteur principal ne se trouvait pas dans les conditions requises pour être discuté. « Le fidéjusseur, dit Pothier (n° 411) pourra être reçu à invoquer l'exception en un cas, savoir si les biens dont il demande la discussion n'étaient échus au débiteur principal que depuis la contestation en cause ; *puta*, par une succession qui lui serait échue depuis : car la règle que les exceptions dilatoires doivent être opposées avant la contestation en cause, ne peut avoir lieu qu'à l'égard des exceptions déjà nées, et non à l'égard de celles qui ne sont nées que depuis ; le défendeur ne

» pouvant pas être censé, lorsqu'il a défendu au
» fond, avoir renoncé à des exceptions qui ne sont
» nées que depuis. » Cette solution cadre mal avec
l'article 2022, qui exige une réquisition faite par la
caution sur les premières poursuites dirigées contre
elle, et c'est ce qui fait que MM. Duranton (t. xviii,
n° 337) et Ponsot (n° 191) la rejettent. Mais il faut
ici considérer l'esprit de la loi ; en effet, la déché-
ance résultant pour la caution du défaut de réqui-
sition sur les premières poursuites, tient à une
présomption de renonciation tacite de la part de la
caution ; or celle-ci ne peut pas être présumée avoir
renoncé, lorsqu'en fait il n'existait pas entre les
mains du débiteur, au moment des poursuites diri-
gées contre elle, des biens pouvant faire l'objet
d'une discussion.

Si les poursuites dirigées contre la caution sont
judiciaires, l'exception doit être proposée par acte
d'avoué à avoué, avec offre de faire l'avance des
frais nécessaires à la discussion, et indication
des bien à discuter. Si elles sont extrajudiciaires,
le bénéfice est requis par exploit notifié au créan-
cier.

Nous avons vu qu'à Rome l'*adpromissor* ne pou-
vait invoquer le bénéfice d'ordre que si le débiteur
principal était présent. L'ancien droit français
n'exigeait pas cette condition, et le Code civil ne
s'en préoccupe pas davantage. Mais le législateur
actuel imite l'ancienne jurisprudence dans les
règles suivantes qu'il pose dans l'article 2023 :

« La caution qui requiert la discussion, doit
» indiquer au créancier les biens du débiteur prin-

» cipal, et avancer les deniers suffisants pour faire
» la discussion.

» Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur
» principal situés hors de l'arrondissement de la
» Cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait,
» ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la
» dette qui ne sont plus en la possession du débi-
» teur. »

Les motifs de cette disposition n'ont pas besoin d'être donnés, tant ils paraissent évidents. Le cautionnement, en effet, est une garantie, et ne saurait dégénérer en déception pour le créancier ; notre article a pour but de lui éviter des avances, des frais, des déplacements parfois considérables, et d'empêcher la caution d'user à la légère du bénéfice que la loi lui donne.

Dans notre ancienne jurisprudence, l'avance des frais était exigée seulement pour la discussion des immeubles. L'article 2023 n'a pas reproduit cette distinction. Cette avance ne doit pas nécessairement être offerte par le fidéjusseur ; il suffit qu'il offre l'avance lorsque le créancier la requiert.

L'indication des biens à discuter peut porter sur des meubles comme sur des immeubles ; de plus, l'équité veut que la caution désigne tous les biens en même temps. Néanmoins il suffirait que la caution en indiquât un seul, si la valeur de celui-là est largement suffisante à désintéresser le créancier.

Quand il s'agit d'immeubles, la loi veut qu'ils soient situés dans le ressort de la Cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait, afin que la discussion ne soit pas trop préjudiciable au créancier.

Cette disposition est empruntée aux arrêtés du chancelier de Lamoignon, qui exigeaient que les biens à discuter se trouvassent dans le ressort du Parlement où le paiement devait être effectué.

A plus forte raison, la caution ne peut-elle renvoyer le créancier à discuter les immeubles litigieux du débiteur, ou ceux qui seraient déjà l'objet d'une saisie.

Pour ce qui est des immeubles hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur, le tribun Goupil de Préfeln voulait qu'ils pussent être discutés. Mais il fut vivement combattu par Chabot, qui fonda son argumentation sur ce motif « qu'il ne fallait pas faire payer trop cher au créancier le bienfait du cautionnement. » Cette raison de Chabot est ridicule, et nous préférons de beaucoup celle donnée par M. Troplong (n° 267) qui fait remarquer « que la situation du tiers détenteur » n'est pas moins intéressante que celle d'une caution, et qu'il ne serait pas juste que la caution, » tenue d'un lien personnel, fit tomber tout le poids » de la responsabilité sur un tiers détenteur, lequel n'a rien promis et n'est tenu que *propter rem*. » Il faut donc que les immeubles hypothéqués à une dette soient demeurés en la possession du débiteur principal, pour que la caution puisse renvoyer le créancier à les discuter.

Il nous reste une question à examiner sous l'article 2023. Une personne qui aurait cautionné l'un de plusieurs codébiteurs solidaires, serait-elle reçue à indiquer les biens possédés par les autres codébiteurs? Pothier (n° 413) tient pour l'affirmative, car,

dit-il, l'obligation de tous ces débiteurs n'étant qu'une même obligation, en accédant à l'obligation de celui qu'elle a garanti, la caution a accédé à celle de tous. M. Troplong (n° 270) se range à cet avis. Nous préférons, avec M. Pont (n° 183), l'opinion contraire, que semble avoir consacrée l'article 2030, qui accorde seulement à la caution qui a cautionné tous les débiteurs principaux solidaires d'une même dette, le recours contre chacun d'eux pour la répétition du total de ce qu'elle a payé. Nous croyons donc que la caution engagée pour un seul des débiteurs solidaires, ne garantit le paiement de la dette que par celui-là, et pour le cas où le créancier viendrait à l'actionner; et réciproquement, il faut admettre que si le créancier veut être désintéressé par ce codébiteur, et s'adresse à ce titre à la caution qu'il a fournie, cette caution est tenue, soit de payer, soit, si elle invoque le bénéfice de discussion, d'indiquer les biens possédés par le débiteur cautionné. Si la loi eût entendu que la discussion pourrait s'étendre à tous les codébiteurs solidaires, elle s'en serait vraisemblablement expliquée au titre Du Cautionnement, comme elle l'a fait au titre Des Hypothèques, dans l'article 2170, où, en traitant de la discussion requise par le tiers détenteur, elle parle du principal ou des principaux obligés.

L'article 2024 clôt ce qui a trait au bénéfice de discussion par une disposition importante :

» Toutes les fois que la caution a fait l'indication
» de biens autorisée par l'article précédent, et
» qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la dis-

» cussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des
» biens indiqués, responsable, à l'égard de la cau-
» tion, de l'insolvabilité du débiteur principal sur-
» venue par le défaut de poursuites. »

Lorsque la caution a rempli toutes les conditions à elle prescrites par la loi, la question s'était présentée dans notre ancienne jurisprudence, de savoir sur qui, de cette caution ou du créancier, devait retomber l'insolvabilité postérieure du débiteur, survenue par défaut de poursuites de la part du créancier. Pothier (n° 415) et Henrys la tranchaient contre la caution ; la Coutume de Bretagne la résolvait contre le créancier.

En présence de cette situation, une vive discussion s'engagea au Conseil d'Etat. Cambacérès soutint l'opinion de Pothier, mais l'avis contraire de Tronchet prévalut. Il est juste que le créancier subisse la peine de sa négligence. Il faut toutefois, pour que notre article s'applique, qu'il y ait eu faute du créancier ; si donc l'insolvabilité du débiteur était survenue avec une rapidité telle que le créancier n'eut point eu véritablement le temps d'agir, la caution ne serait pas déchargée.

Le Premier Consul, qui présidait le Conseil d'Etat lors de la discussion de l'article 2024, voulait qu'on distinguât entre le cas où le créancier avait spontanément accepté les deniers à lui remis par la caution et formant l'avance des frais, et le cas où, sur le refus de ce même créancier, les deniers avaient été consignés. Bonaparte voulait que, dans cette dernière hypothèse, la caution demeurât pendant trois mois responsable de l'insolvabilité du débi-

teur. Le Conseil d'Etat accueillit favorablement cet amendement, mais la section de législation ne l'adopta pas dans la rédaction définitive de notre article.

Cependant les tribunaux ont à cet égard un pouvoir d'appréciation, et ils peuvent substituer à ce délai fixe de trois mois, tel autre laps de temps qu'ils arbitreront d'après les circonstances particulières de chaque affaire.



§ II. — DU BÉNÉFICE DE DIVISION.

Nous avons vu plus haut que le bénéfice introduit par Adrien, et connu sous le nom de bénéfice de division, avait été admis dans notre ancien droit. Lors de la discussion de la loi actuelle, la question se présenta de savoir si on consacrerait la théorie du droit romain classique et de l'ancien droit, ou celle de la loi Furia, qui divisait de plein droit la dette entre les *sponsorés* ou *fidepromissores* d'un même débiteur. La commission du Code et le Conseil d'Etat s'en tinrent au droit du rescrit d'Adrien, mais au sein de la section de législation du Tribunat, les deux opinions recueillirent chacune le même nombre de suffrages, et par suite la rédaction primitive adoptée par le Conseil d'Etat fut définitivement maintenue (Locré, t. xv, p. 314).

L'article 2025 décide que « lorsque plusieurs per-
» sonnes se sont rendues cautions d'un même débi-
» teur pour une même dette, elles sont obligées
» chacune à toute la dette. »

Cette théorie est conforme à la pratique univer-
selle, et elle favorise singulièrement le crédit. Ainsi
donc, chacune des cautions est tenue pour le tout,
à la différence des débiteurs conjoints. Mais il ne
suit pas de là que les cautions soient unies entre
elles par un lien de solidarité parfaite, à ce point
que la prescription interrompue vis-à-vis de l'une
serait également interrompue vis-à-vis de toutes les
autres (art. 1206), et que la demande d'intérêts
dirigée contre l'une ferait courir les intérêts à la
charge des autres (art. 1207). Nous n'admettons pas
cette manière de voir, suivant en cela l'opinion de la
majorité des auteurs. En effet, la situation de la
caution est une situation *sui generis*, mixte, partici-
pant à la fois de l'obligation solidaire et de l'obliga-
tion fractionnaire ; la solidarité ne se présume pas
(art. 1202), et il serait téméraire de faire la loi, alors
que celle-ci ne s'explique point.

L'article 2026 ajoute : « Néanmoins chacune des
» cautions peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au
» bénéfice de division, exiger que le créancier
» divise préalablement son action, et la réduise à
» la part et portion de chaque caution.

» Lorsque, dans le temps où une des cautions a
» fait prononcer la division, il y en avait d'insolva-
» bles, cette caution est tenue proportionnellement
» de ces insolvabilités, mais elle ne peut plus être
» recherchée à raison des insolvabilités survenues
» depuis la division. »

La renonciation au bénéfice de division peut se faire en termes formels ou d'une manière implicite; cette renonciation est très fréquente dans la pratique. Les cautions peuvent déclarer simplement qu'elles renoncent au bénéfice de division, sans parler de l'exception de discussion. Alors elles deviennent solidaires entre elles, mais non point avec le débiteur principal.

Si les cautions déclarent seulement qu'elles s'obligent solidairement, elles perdent, nous l'avons vu au paragraphe précédent, le bénéfice de discussion. Perdent-elles également le bénéfice de division? Un rescrit de Sévère et d'Antonin formant la loi 3 Code, De fidej., se prononce pour la négative; les empereurs se fondent sur ce motif que, si la solidarité n'avait pas été stipulée, les fidéjusseurs n'en auraient pas moins été tenus de plein droit chacun *in solidum*, et que par suite la clause de solidarité ne suffit pas pour s'écarter ici du rescrit d'Adrien.

Dans notre ancien droit, Doneau soutint cette théorie, que d'autres jurisconsultes repoussèrent comme n'étant fondée que sur une subtilité.

Nous pensons, sous l'empire du Code, que les cautions déclarant s'obliger solidairement entre elles, perdent à la fois le bénéfice de discussion et le bénéfice de division. L'article 2021 est formel pour ce qui concerne la première de ces faveurs; mais il donne implicitement la même solution pour la seconde. Ce texte, en effet, déclare que l'engagement de la caution obligée solidairement doit se régler d'après les principes établis pour les dettes solidaires. Or l'article 1203 ne dispose-t-il pas que

la solidarité est exclusive du bénéfice de division ?

Qu'on ne vienne pas argumenter des termes de l'article 2021, pour prétendre transformer la caution solidaire en codébiteur solidaire. Ces deux catégories de personnes se trouvent dans une situation bien différente. La caution peut bien renoncer aux différents bénéfices qui ne sont pas de l'essence du cautionnement, mais elle ne peut changer sa qualité de débiteur accessoire ; la clause de solidarité facilite seulement les poursuites du créancier ; néanmoins toutes les autres règles concernant le cautionnement lui demeurent applicables. D'où il suit que les expressions de l'article 2021, *in fine*, ne doivent être entendues que *secundum subjectam materiam*, c'est-à-dire simplement dans le sens de la renonciation aux bénéfices d'ordre et de division. Vouloir faire du fidéjusseur solidaire un débiteur solidaire, c'est tenter d'associer deux qualités incompatibles, celle d'obligé principal et celle d'obligé accessoire.

Le droit romain et notre ancienne jurisprudence refusaient le bénéfice de division aux cautions qui avaient nié de mauvaise foi leur fidéjussion ; le Code n'a pas reproduit cette disposition.

Il est évident que les cautions peuvent déclarer expressément, lors de leur engagement, qu'elles n'entendent s'obliger chacune que pour une partie de la dette ; dès lors elles n'ont pas besoin du bénéfice de division, et l'action du créancier sera fractionnée entre les cautions dans la mesure de leur engagement.

La forme usitée pour opposer le bénéfice de divi-

sion est la même que celle employée pour le bénéfice de discussion. La poursuite est-elle judiciaire, la caution demandera la division par acte d'avoué à avoué. Est-elle extrajudiciaire, la caution offrira réellement la portion dont elle est personnellement tenue, et si le créancier se refuse à la division, en n'acceptant pas les offres, elle l'assignera au provisoire pour qu'il soit sursis aux poursuites.

Enfin le bénéfice de division appartient à toutes les cautions, conventionnelles, légales ou judiciaires.

Il résulte donc de l'article 2026 que le créancier peut être forcé de diviser son action entre les cautions solvables d'un même débiteur pour la même dette.

Si une seule caution est intervenue, mais qu'elle ait fourni un certificateur, la division ne pourra avoir lieu entre ce dernier et le fidéjusseur. En effet, par rapport au certificateur, la caution remplit le rôle de débiteur principal, et elle ne peut faire actionner celui auquel elle doit garantie. Mais le certificateur peut opposer la division entre lui et les cofidéjusseurs de celui qu'il a certifié.

De même il ne peut être question de bénéfice de division si le créancier a plusieurs codébiteurs solidaires, et que chacun de ces derniers a fourni une caution différente, car ces cautions qui ont cautionné la même dette, n'ont pas cautionné le même débiteur.

M. Duranton (t. xviii, n° 346) soutient qu'il ne suffit pas que les cautions aient cautionné le même débiteur et la même dette pour qu'elles puissent invoquer le bénéfice de division, il faut de plus,

selon lui, qu'elles aient été fournies conjointement. Cette théorie est contraire à la loi, les articles 2025 et 2026 ne distinguent pas. Il importe donc peu que les différentes cautions se soient obligées en même temps ou successivement, les unes après les autres.

L'article 2026 semble au premier abord anéantir la règle de l'article 2025, en permettant de détruire, au moyen de l'exception de division, le caractère de solidarité imposé aux cautions par ce dernier texte. Il est cependant à remarquer que le bénéfice de division n'est pas accordé sans condition; la caution doit demander la division; de plus celle-ci n'est accordée qu'entre cautions solvables, ce qui fait que les différentes cautions répondent ainsi de l'insolvabilité des autres. Comme le dit très bien M. Troplong (n° 294), la disposition de l'article 2026 modère les effets de l'article 2025, elle ne le détruit pas.

Quand parmi les cautions, l'une d'elles est notoirement insolvable, on en fait abstraction. Mais s'il s'en trouve une ou plusieurs d'une insolvabilité seulement douteuse, l'action devra-t-elle être divisée contre ces dernières, ou bien sera-ce à la caution poursuivie d'établir préalablement la solvabilité des cofidėjusseurs contre lesquels elle demande la division ? A notre avis, la caution poursuivie n'est pas tenue d'établir d'abord la solvabilité de ses cofidėjusseurs. Le Code, en effet, s'est exprimé à ce sujet en subordonnant le bénéfice de discussion à la démonstration préalable par la caution de la solvabilité du débiteur principal (art. 2023), or l'article 2026 ne contient rien de pareil. Il est toutefois

certain que si le créancier, en poursuivant certaines cautions, ne peut arriver à toucher le montant de leur contribution, il pourra revenir jusqu'à parfait paiement contre les cautions qui avaient été provisoirement admises à ne payer que leur part. Celles-ci devront de plus l'indemniser des poursuites contre les cautions dont les mêmes poursuites ont révélé l'insolvabilité, ce qui veut dire que la caution qui oppose la division n'est pas tenue, comme celle qui oppose la discussion, de faire l'avance des frais de justice.

Pothier (n° 424) enseigne que la caution ne peut opposer l'exception de division, si son cofidéjussor demeure hors du royaume ; ce cas est assimilé à celui de l'insolvabilité notoire. Nous pensons, sous l'empire du Code, que cette disposition est abolie ; il y a cependant des auteurs qui voudraient encore l'appliquer au cas où la caution domiciliée à l'étranger ne posséderait pas de biens en France.

Si l'une des cautions est incapable, l'autre pourra-t-elle opposer la division ? A Rome, Papinien distinguait entre le cas où la caution était civilement incapable, et celui où elle n'était que restituable ; dans ce dernier cas le bénéfice de division pouvait être opposé. Pothier (n° 425) a rejeté cette distinction de Papinien ; le créancier, dit-il, a précisément exigé plusieurs cautions dans l'éventualité d'une nullité ou d'une rescision. Cette doctrine doit être encore admise aujourd'hui.

Lorsque, parmi les cautions, les unes sont engagées purement et simplement, les autres à terme ou sous condition, le créancier peut être forcé de

diviser son action entre toutes les cautions. Seulement, si plus tard la condition vient à défaillir, ou qu'à l'échéance du terme la caution soit insolvable, le créancier pourra se retourner contre les cautions pures et simples jusqu'à parfait paiement.

Nous avons exposé dans notre deuxième partie que, dans l'ancien droit, Pothier soutenait que le bénéfice de division, étant une exception péremptoire, pouvait être opposé en tout état de cause. Le Code ne s'est pas expliqué sur la question de savoir à quel moment devait être opposé le bénéfice de division ; il est probable qu'il a voulu suivre le sentiment de Pothier. S'il en était autrement, les deux bénéfices de discussion et de division s'excluraient mutuellement, le choix de l'une lors des premières poursuites serait une renonciation à l'autre. La caution devra donc d'abord se prévaloir du bénéfice de discussion ; si les biens du débiteur sont insuffisants pour désintéresser le créancier, elle se servira alors de l'exception de division.

Toutefois, si la caution poursuivie a la faculté d'opposer au créancier le bénéfice de division jusqu'à ce qu'elle ait été condamnée à payer le tout par un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, si la poursuite est judiciaire, ou jusqu'à la distribution du prix si la poursuite est extrajudiciaire, elle fera cependant bien d'éciper de cette faveur dans le plus bref délai possible, car, jusqu'à ce que la division soit prononcée, elle répond de l'insolvabilité de ses cofidéjusseurs.

De même que le bénéfice de discussion, l'exception de division est une faveur ; le juge ne peut

donc suppléer ce moyen de défense, s'il n'est pas invoqué. Il suit de là que l'une des cautions ne peut pas prévenir les poursuites du créancier en lui offrant sa part dans la dette, car le créancier peut avoir intérêt à ce que certaines cautions restent obligées pour répondre de l'insolvabilité des autres. C'est ce qu'a fait ressortir clairement Chabot dans son rapport au Tribunat.

Le bénéfice de division produit-il son effet au moment où il est opposé, ou seulement au moment où la division est prononcée ? La question, selon nous, ne présente pas d'intérêt, parce que, dans notre opinion, le jugement prononçant la division rétroagira évidemment au jour où l'exception a été opposée ; s'il en était autrement, le créancier pourrait éterniser mal à propos la procédure. Tel était aussi le sentiment de Pothier.

Qu'arrivera-t-il si le créancier divise spontanément son action contre l'une des cautions ? L'article 2027 répond : « Si le créancier a divisé lui-même et » volontairement son action, il ne peut revenir » contre cette division, quoiqu'il y eût, même » antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, » des cautions insolubles. »

C'est là un cas de renonciation tacite de la part du créancier au bénéfice de division. Du reste, une renonciation expresse du créancier serait également valable, car le principe qui oblige à toute la dette chacune des cautions du débiteur, est écrit dans le seul intérêt du créancier.

Il résulte de cet article que la division volontairement consentie par le créancier est beaucoup plus

avantageuse à la caution que la division opposée et obtenue en justice. En effet, dans ce dernier cas, elle répond de l'insolvabilité de ses cofidéjusseurs jusqu'au jour où l'exception est par elle invoquée, tandis que dans l'hypothèse de notre texte, elle n'est pas même tenue des insolvabilités antérieures à l'époque où la division a été consentie.

La renonciation de la part du créancier est plus facilement présumée par la loi vis-à-vis des cautions qu'elle ne le serait vis-à-vis des codébiteurs solidaires. En effet, aux termes de l'article 1211, le créancier n'est pas censé remettre la solidarité par la simple demande qu'il forme contre l'un des codébiteurs solidaires pour sa part; il faut, de plus, que celui-ci acquiesce à la demande ou qu'il intervienne un jugement de condamnation. Cet article se concilie parfaitement avec l'article 2027, car l'obligation de plusieurs cautions d'un même débiteur pour une même dette n'étant pas véritablement une obligation solidaire, il est tout simple que l'article 2027 n'ait pas reproduit l'exigence de l'article 1211, qui est propre à la solidarité.

Ainsi, nous admettons que l'application de ce dernier texte devrait être faite même vis-à-vis des cautions qui se seraient engagées solidairement. Dans ce cas, en effet, la solidarité étant stipulée, il y aurait lieu de suivre la disposition de l'article 1211, et de dire, en conséquence, que la demande formée contre l'une des cautions solidaires pour sa part, n'emporterait remise de la solidarité qu'autant que cette caution acquiescerait à la demande, ou qu'il interviendrait un jugement de condamnation.

De même, appliquant, par analogie aux cautions d'une même dette, solidaires ou non, la disposition de l'article 1210, nous admettrions que le créancier qui a consenti à la division de la dette à l'égard de l'une des cautions, conserve néanmoins son action contre les autres pour le montant de sa créance diminuée de la part afférente à la caution qu'il a déchargée. Pour que la division fût complète, il faudrait que le créancier eût demandé sa part seulement à chacune des cautions.



SECTION II. — *Des Effets du Cautionnement entre le débiteur et la caution.*

§ I. — DE L'ACTION PERSONNELLE A LA CAUTION.

Le principe de cette action est renfermé dans l'article 2028, ainsi conçu : « La caution qui a payé, » a son recours contre le débiteur principal, soit » que le cautionnement ait été donné au su ou à » l'insu du débiteur.

» Ce recours a lieu tant pour le principal que » pour les intérêts et les frais ; néanmoins la caution » n'a de recours que pour les frais par elle faits » depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les » poursuites dirigées contre elle.

» Elle a aussi recours pour les dommages et » intérêts, s'il y a lieu. »

En général, la formation du contrat de cautionnement entre le créancier et la caution suppose une convention préalable de mandat entre celle-ci et le débiteur, ou, comme l'exprime Pothier (n° 430), que le consentement du débiteur renferme un contrat tacite de mandat. Si cependant la caution s'est engagée envers le créancier à l'insu du débiteur, il y a alors quasi-contrat de gestion d'affaires. Le fidéjusseur sera armé contre le débiteur, dans le premier cas de l'action *mandati contraria*, et dans le second de l'action *negotiorum gestorum contraria*. Il y a cette différence entre les deux hypothèses, que le recours ouvert à la caution engagée à l'insu du débiteur, ne lui permet de répéter ses déboursés qu'autant que la dépense était nécessaire ou au moins utile (art. 1375). Mais, sauf cette particularité, le recours a la même étendue dans les deux cas, dans cette matière spéciale du cautionnement.

Si la caution est intervenue *invito debitore*, aurait-elle un recours ? Nous avons vu qu'en droit romain la question, après de vifs débats entre les jurisconsultes, avait été tranchée par Justinien dans le sens de la négative. Dans notre ancienne jurisprudence, Cujas et Pothier accordèrent à la caution l'action *negotiorum gestorum utilis*, sauf le cas où il était prouvé que le fidéjusseur s'était engagé dans l'intention de faire une pure libéralité. Examinons ici cette question, qui se présente rarement dans la pratique, pour ne plus envisager ensuite que la situation normale.

Dans le silence du Code, la question est très controversée entre les auteurs. D'après M. Duranton (t. xviii, n° 317), la caution n'aura que la subrogation légale dont nous parlerons dans le paragraphe suivant. M. Mourlon et d'autres jurisconsultes estiment qu'elle pourrait agir par une action *de in rem verso*, qui ne lui donnerait droit aux intérêts de la somme par elle payée que du jour de la demande en justice, et qui se prescrirait par le laps de temps restant à courir pour la prescription de la dette qu'elle a acquittée. MM. Toullier (t. xi, n°s 55 et 62) et Zachariæ (t. iii p. 182) croient que la caution ne pourrait rien réclamer contre le débiteur, pas même ce dont celui-ci se serait enrichi, que dans l'espèce il y a présomption légale de libéralité.

Nous croyons, avec MM. Marcadé (art. 1375, iv) et Paul Pont (n° 245), que, même dans ce cas, il y a quasi-contrat de gestion d'affaires, qu'il faut suivre ici la doctrine de Cujas et de Pothier. Les donations, en effet, ne se présument point. On doit donc donner action à la caution, à moins qu'il ne soit démontré qu'en s'obligeant, le fidéjusseur ait voulu faire une libéralité. C'est là une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux.

Le recours de la caution contre le débiteur a d'abord lieu pour le principal; le fidéjusseur commencera par se faire indemniser de tout ce qu'il lui en a coûté pour le remboursement du capital de la dette. Mais il ne pourra jamais obtenir au delà de ce qu'il aura avancé; si donc le créancier a accepté en paiement une chose d'une valeur inférieure à celle due, le débiteur profitera de cette remise, et

non la caution. De même, si celle-ci n'a payé qu'une partie de la dette, elle ne pourra recourir contre le débiteur que jusqu'à due concurrence.

Le recours, dit l'article 2028, a lieu aussi pour les intérêts, c'est-à-dire les intérêts de toutes les sommes déboursées par le fidéjusseur à l'occasion du cautionnement, et non pas seulement les intérêts payés. Mais à dater de quel moment la caution pourra-t-elle exiger les intérêts de ses déboursés ? La question était vivement débattue dans notre ancien droit. Pothier (n° 441), prévoyant le cas où une caution a garanti l'obligation de plusieurs codébiteurs solidaires, décide « qu'elle a le droit de » conclure solidairement contre chacun d'eux au » remboursement du total de ce qu'elle a payé, et » aux intérêts du jour de sa demande. » D'autres auteurs, tels que Catellan (vi, 8), Rousseau de Lacombe (Caution, sect. 6, n° 9) et Domat (Lois Civiles, liv. III. tit. IV, sect. 3, n° 2) soutiennent que les avances faites par la caution produisent intérêt à dater du jour du paiement.

Tous les auteurs modernes combattent l'opinion de Pothier, et la jurisprudence les a imités (Caen, 7 août 1840, Journal du Palais, 41,122). La théorie de Domat et des autres anciens auteurs est la seule équitable ; de plus, l'article 2028 n'est qu'une application de l'article 2001, qui décide que « l'intérêt des » avances faites par le mandataire lui est dû par le » mandant à dater du jour des avances constatées. » Le paiement effectué par la caution est la suite du mandat qu'elle a accepté du débiteur. Une autre raison consiste à dire que le cautionnement est un

contrat de bienfaisance, et qu'il est de toute justice que la caution, qui rend un service, soit complètement indemnisée par le débiteur qu'elle a libéré ; or elle ne le serait qu'imparfaitement si les intérêts de ses déboursés n'étaient pas portés en ligne de compte.

Le recours de la caution s'exerce encore pour les frais ; mais, dit notre article, elle n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle. Si on interprétait le texte *stricto sensu*, la caution n'aurait de recours que pour les frais faits par elle, et non pour ceux du créancier contre le débiteur, quoique, aux termes de l'article 2016, elle soit aussi tenue de ces derniers. Tous les auteurs admettent que le législateur ici a mal exprimé sa pensée, car il serait injuste de priver la caution de ces frais qui ne sauraient rester à sa charge exclusive ; tous adoptent la correction proposée par M. Delvincourt (t. III, p. 262, note 3). Ce dernier fait une simple transposition du mot *que*, ce qui remplace la phrase de notre article 2028 par celle-ci : « Néanmoins la caution n'a de recours, » pour les frais faits par elle, que pour ceux qu'elle » a faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle. »

Toutefois, quant aux frais, le recours de la caution est limité ; il est accordé pour tous ceux qu'elle a supportés par la faute et pour la cause du débiteur, mais non pour ceux qu'elle aurait supportés par sa faute. Que les poursuites intentées contre elle soient judiciaires ou extrajudiciaires, la caution

est en faute si elle ne les a pas dénoncés le plus tôt possible au débiteur. Si donc, après le premier acte, elle a négligé de prévenir le débiteur, tous les frais faits depuis et jusqu'au jour de la dénonciation, resteront à sa charge personnelle ; peut-être le débiteur averti aurait-il payé, et par suite fait cesser les poursuites. Mais, dès que la caution a dénoncé ces dernières, elle a son recours pour tous les frais faits ultérieurement. D'ailleurs, la caution aura, en tous cas, son recours pour les frais de la dénonciation et ceux de la première demande ; on ne saurait en effet lui reprocher de ne pas avoir dénoncé une demande qui n'était pas encore formée.

En dernier lieu, le recours de la caution peut s'étendre à des dommages-intérêts. L'article 2028, *in fine*, ne fait qu'appliquer l'article 2000, aux termes duquel « le mandant doit indemniser le mandataire » des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de » sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable. » La caution, en effet, a peut-être éprouvé des dommages par suite de saisie de ses biens, d'emprunts onéreux pour payer le créancier ; les dommages-intérêts sont évidemment dus dans ces différentes hypothèses. Il serait souverainement injuste que la caution, qui a rendu un bon office, soit victime de sa généreuse intervention.

Quand le cautionnement a pour objet d'assurer le paiement d'une somme d'argent, la caution a droit à des dommages-intérêts, en cas de perte, et indépendamment de l'intérêt des sommes par elle payées. C'est une dérogation remarquable au principe de l'article 1153 qui décide que, dans les espè-

ces analogues à celle que nous examinons, les dommages-intérêts ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi. Elle est d'ailleurs écrite dans ce texte, qui réserve le cas de cautionnement.

M. Delvincourt (p. 262) a soutenu que l'exception consacrée par l'article 1153, ne visait que l'hypothèse d'un cautionnement gratuit, que par suite, si le cautionnement était intervenu à titre onéreux, il faudrait appliquer le droit commun. M. Duranton (n° 351) rejette cette distinction, et à bon droit, selon nous, car la loi ne distingue pas, et *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Nous estimons toutefois avec M. Ponsot (n° 239), que « les tribunaux pourraient, d'après les circonstances, voir dans la somme reçue par la caution pour prix de son cautionnement, une indemnité aléatoire des chances qu'elle court, indemnité qu'elle ne doit pas recevoir deux fois », et par suite n'accorder à la caution recourante que l'intérêt légal de ses déboursés.

Abordons maintenant l'étude des conditions auxquelles est soumis le recours de la caution : il faut que la caution ait fait, en l'acquit du débiteur principal, un paiement valable et libératoire, et qu'elle n'ait pas manqué de prudence en effectuant ce paiement.

Le principe de l'action qui compete à la caution contre le débiteur, est dans le fait par le fidéjusseur d'avoir procuré au débiteur sa libération vis-à-vis du créancier. Il importe peu que la caution ait payé en conséquence d'une condamnation ou volontaire-

ment; il n'est même pas nécessaire qu'il y ait eu paiement réel et effectif. Ainsi la caution peut se libérer par compensation, par novation, ou au moyen d'une remise de dette sans réserve consentie par le créancier à son profit.

A propos de la remise de la dette, il faut faire une distinction. Si le créancier, voulant faire donation à la caution de la créance cautionnée, lui donne quittance de la somme due, comme s'il l'avait réellement reçue, la caution pourra se faire indemniser par le débiteur, et ainsi obtenir le bénéfice de la libéralité à elle consentie par le créancier. Mais s'il résulte des termes de la remise que le créancier a voulu seulement décharger le fidéjusseur sans lui donner la dette, il n'y aura alors ouverture à aucun recours contre le débiteur principal. Cette distinction a été très nettement établie par Domat (Lois Civiles, III, tit. IV, sect. 3, n° 12.)

Il faut que le paiement soit prouvé; cette preuve se fera par les moyens ordinaires.

Le paiement doit être bien fait, c'est-à-dire être valable et libératoire. « C'est pourquoi, dit Pothier » (n° 437), si celui qui me doit un cheval indéterminément m'a donné une caution, et que cette » caution, par la suite, m'en fournisse un qui se » trouve ne pas lui appartenir, la caution n'aura » pas de recours contre le débiteur principal; parce que le paiement qu'elle a fait n'est pas valable, » et n'a point procuré au principal débiteur sa » libération. »

Le paiement mal fait ne donne pas de recours à la caution contre le débiteur principal. « *A fidejussore*

» *exigimus*, dit le président Favre, *ne solvat temere !* » Par exemple, la dette cautionnée était le prix de vente d'un champ dont l'acquéreur a été évincé, ou d'une maison qui, lors de la vente, était entièrement détruite par un incendie, et, malgré ces événements connus d'elle, la caution a payé le prix ; il est évident que le paiement a été mal fait, car la caution pouvait se dispenser de l'effectuer, en excipant de l'éviction ou de la destruction de la chose.

Nous déciderons de même si la caution s'est abstenue d'opposer la prescription. Sans doute, il peut répugner au fidéjusseur d'opposer cette exception, car beaucoup de gens voient là un moyen peu honnête de payer leurs dettes, mais s'il est beau de faire preuve de délicatesse, ce ne doit pas être aux dépens d'autrui. La caution, en ce cas, fera bien d'appeler le débiteur en cause, alors celui-ci se prévaudra ou non de la prescription, suivant ce qu'il jugera bon de faire. Sans cette précaution, la caution serait exposée à se voir privée de tout recours contre le débiteur principal. Tel était le sentiment des jurisconsultes romains et de Pothier, et il faut, à notre avis, suivre encore cette doctrine.

Mais la caution pourrait se retourner contre le débiteur, si elle avait omis d'opposer des exceptions à elle purement personnelles, et dont le débiteur principal ne pourrait se prévaloir ; par exemple, si la caution engagée pour un certain temps, paie après l'échéance du terme, ou si, étant mineure au moment où elle a contracté, elle ne veut pas invoquer la nullité de son obligation.

Il faut en dernier lieu que la caution n'ait pas

manqué de prudence en s'acquittant. L'article 2031 prévoit à ce sujet deux hypothèses dans lesquelles la caution qui a payé, est privée de tout recours contre le débiteur, et n'a qu'une action en répétition de l'indû contre le créancier.

1° « La caution qui a payé une première fois, n'a » point de recours contre le débiteur principal qui a » payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point » averti du paiement par elle fait; sauf son action » en répétition contre le créancier. »

Dès que la caution a payé, elle doit donc avertir le débiteur, afin que celui-ci ne paie pas une seconde fois. La négligence du fidéjusseur d'avertir le *reus* est une faute lourde, voisine du dol, comme l'exprime fort bien Ulpien dans la loi 29, § 3 Dig., Mand. Les Romains ne donnaient à la caution que la faculté de se faire céder la *condictio indebiti* qui appartenait au débiteur principal contre le créancier; notre ancienne jurisprudence lui accordait l'action directe, et le Code a suivi ce dernier système.

L'avertissement par la caution peut être fait de toute manière, par acte extrajudiciaire, par lettre, ou même verbalement; en cette matière, la preuve testimoniale est toujours admissible, quel que soit le chiffre de la dette garantie.

Dans la loi ci-dessus mentionnée, Ulpien décide que, réciproquement, le débiteur qui s'est acquitté aux mains du créancier, doit en informer la caution qui, si elle payait une seconde fois, conserverait son recours contre le débiteur (L. 29, § 2). Cette manière de voir était consacrée dans notre ancienne juris-

prudence, si nous en croyons Pothier (n° 438). Le Code étant muet sur la question, M. Troplong (n° 382) pense qu'il faut suivre la doctrine d'Ulpien et de Pothier ; cette manière de voir a été consacrée par un arrêt de la Cour de Lyon du 14 mai 1857 (Dalloz, 58, 2, 83). M. Pont (n° 255) voit là un point de fait à résoudre suivant les circonstances, se fondant sur la maxime : *Vigilantibus, non dormientibus jura subveniunt* ; cette dernière opinion est à notre sens la meilleure.

Il est inutile de dire que la décision d'Ulpien ne devrait jamais être suivie lorsque la caution s'est engagée à l'insu du débiteur principal ; il ne saurait être alors question de recours, car, dit Pothier, le débiteur n'est pas en faute de n'avoir pas averti une caution qu'il ne connaissait pas.

2° « Lorsque la caution, dit l'article 2031, 2°, aura » payé sans être poursuivie, et sans avoir averti le » débiteur principal, elle n'aura point de recours » contre lui dans le cas où, au moment du paiement, » ce débiteur aurait eu des moyens pour faire » déclarer la dette éteinte ; sauf son action en répétition contre le créancier. »

Nous venons de voir que la caution est déchue de tout recours contre le débiteur, lorsqu'elle a payé indûment, c'est-à-dire lorsqu'elle a négligé d'opposer les exceptions connues d'elle, qui compétaient au débiteur contre le créancier. Dans son second alinéa, l'article 2031 va plus loin ; il suppose que les exceptions dont le débiteur aurait pu se prévaloir sont ignorées de la caution, et décide que, même dans ce cas, si celle-ci paie sans être pour-

suivie et sans avoir averti le débiteur, elle est en faute, et par suite déchuë de son action récursoire.

Le motif qui a inspiré la loi est fort simple. Ce n'est pas, en effet, imposer un grand sacrifice à la caution que de l'obliger à envoyer un avertissement au débiteur principal. Le fidéjusseur qui, volontairement, désintéresse le créancier, sans s'être préalablement enquis auprès du débiteur si celui-ci n'a pas un moyen quelconque de repousser l'action que le créancier pourrait intenter contre lui, ne mérite aucune indulgence, et sa faute équivaut au dol. Du reste, la base du recours de la caution contre le débiteur est l'avantage qu'elle procure à ce dernier : or cet avantage fait ici complètement défaut, puisque le débiteur avait un moyen de se soustraire aux poursuites du créancier. La caution portera donc la peine de son imprudence, et l'équité est satisfaite, si on ne lui accorde que l'action en répétition contre le créancier.

La loi ne parle que du cas où la caution s'est acquittée volontairement. Que décider dans l'hypothèse où, ayant payé sans avertir le débiteur principal, elle ne l'a fait qu'après avoir été poursuivie par le créancier ? MM. Delvincourt (t. III, p. 263, note 11), Duranton (t. XVIII, n° 357), Zachariæ (§ 427, note 7) déclarent la caution déchuë de son recours. Il n'y a pas, disent ces auteurs, lieu de distinguer, et la nécessité de l'avertissement est absolue.

Nous ne croyons pas pouvoir adopter cette opinion, qui nous semble trop rigoureuse. La caution peut ne pas demander mieux que d'avertir le débiteur, et se trouver dans l'impossibilité de le faire, par

suite d'absence de ce dernier ou de tout autre empêchement. Pour éviter la condamnation, les frais du procès, la saisie de ses biens, la caution se résigne à payer ; on ne saurait donc lui reprocher d'être en faute en pareille occurrence. Il est vrai, d'autre part, que la caution peut parer à ces divers inconvénients au moyen du bénéfice de discussion ou de l'exception dilatoire de garantie. Cette dernière ne pourrait toutefois être invoquée si la caution était l'objet de poursuites extrajudiciaires.

Avant de nous prononcer, examinons les précédents. Ulpien, dans la loi précitée, accorde le recours à la caution, et nos anciens auteurs, tels que Pothier et Domat, donnent la même solution. La plupart des auteurs partagent cette manière de voir que nous croyons aussi devoir adopter (MM. Ponsot, n° 249, Troplong, n° 383, Aubry et Rau t. iv, § 427, p. 690, note 17). M. Paul Pont (n° 258) estime que la question de savoir si la caution, ayant payé sur les poursuites du créancier sans avertir le débiteur, conserve ou non son recours, constitue un point de fait, une question de faute à résoudre d'après les circonstances, et dont l'appréciation doit être laissée aux tribunaux. Nous ne croyons pas devoir nous rallier à cette doctrine, en présence des termes de l'article 2031, 2°, desquels, selon nous, il résulte clairement *a contrario*, que la caution qui ne paie qu'après avoir été poursuivie, conserve toujours et dans tous les cas une action de mandat ou de gestion d'affaires contre le débiteur. Les rédacteurs du Code ont certainement entendu consacrer l'opinion des Romains et celle de nos anciens auteurs.

Observons ici que, si le débiteur cautionné est un mineur, un interdit, une femme mariée, la caution a l'action de mandat ou de gestion d'affaires contre ce débiteur ou ses ayants-cause, jusqu'à concurrence de la somme dont il a bénéficié dans l'affaire principale; elle n'a aucun recours pour le surplus. M. Ponsot (n° 252) pense toutefois « que la femme » qui passerait généralement pour veuve ou pour » fille, ou le mineur qui aurait trompé sur son âge, » ne devraient pas être admis à repousser l'action » de la caution. Celle-ci aurait contre eux une » action semblable à celle qu'elle aurait contre une » femme libre des liens du mariage ou contre un » majeur. »

Le recours de la caution a son point de départ au jour du paiement. Cependant, si elle avait payé avant l'époque d'exigibilité de la dette, elle ne pourrait agir qu'après l'échéance, car il ne lui est pas permis d'enlever au débiteur le bénéfice que lui a concédé le créancier.

L'action récursoire de la caution dure trente ans à partir du jour de chaque paiement. Il en est ainsi même pour les intérêts payés par la caution, car ils représentent pour elle un capital aliéné.



§ II. — DU BÉNÉFICE DE SUBROGATION LÉGALE

L'article 2029, en disposant que « la caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur, » ne fait que conférer expressément à cette caution une faveur qui lui appartenait déjà virtuellement aux termes de l'article 1251, troisième alinéa, ainsi conçu : « La subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. » La caution est évidemment tenue pour un autre, puisqu'elle doit acquitter une dette dont le fardeau est, en définitive, à la charge d'un tiers, du débiteur principal, contre lequel elle aura le droit de recourir, après le paiement par elle effectué, pour rentrer dans ses déboursés.

Nous avons déjà examiné en leur lieu et place la théorie de la cession d'actions et de la subrogation à Rome et dans l'ancien droit. Le Code a consacré l'innovation tentée infructueusement par Dumoulin, en décidant que la caution est subrogée de plein droit aux droits et actions du créancier contre le débiteur principal. Aussi on ne saurait aujourd'hui placer la caution dans l'alternative indiquée par Pothier (n° 430), et dire avec lui : « Après que la caution a payé, si elle s'est fait » subroger aux droits et actions du créancier, elle

» peut les exercer contre le débiteur comme le créancier aurait pu faire lui-même; si elle a négligé d'acquérir cette subrogation, elle ne laisse pas d'avoir de son chef une action contre le débiteur principal, pour se faire rembourser de ce qu'elle a payé pour lui. » Il est évident, d'après le Code civil, et spécialement d'après les articles 2029 et 2030 combinés, que la caution qui a payé, a toujours et de plein droit, par le seul fait du paiement, cette subrogation en vertu de laquelle elle exercera contre le débiteur principal tous les droits et actions du créancier, et cela sans préjudice de son action personnelle de mandat ou de gestion d'affaires, qui lui appartient dans les cas et d'après les distinctions par nous exposés dans le paragraphe précédent.

La subrogation a lieu par l'effet du paiement, en faveur de toute caution, dans tous les cas. Ce serait même la seule voie de recours ouverte au fidéjusseur contre le débiteur dont il a acquitté la dette, si ce fidéjusseur s'était obligé dans l'intérêt du créancier, et dans le but de lui assurer le paiement d'une créance douteuse. Si, dans un tel cas, la caution satisfait à l'obligation, faute par le débiteur de s'exécuter, sa situation sera celle d'un acheteur ou d'un cessionnaire de créance. Elle n'aura pas d'action de mandat contre le débiteur, elle devra se contenter de la subrogation aux droits du créancier.

La subrogation a lieu, comme l'action de mandat ou de gestion d'affaires, soit que le cautionnement ait été contracté au su ou à l'insu du débiteur. Il est vrai que l'article 2029 ne spécifie pas l'hypothèse,

comme le fait l'article 2028, mais il n'en est pas moins général.

On devrait toutefois refuser la subrogation à la caution qui n'aurait pris aucun engagement vis-à-vis du créancier, et n'aurait contracté qu'avec le seul débiteur. C'est ce qu'a décidé la Cour de Paris dans un arrêt du 27 novembre 1841 (Dalloz, 42, 2, 73).

Subrogée au créancier qu'elle a payé, la caution peut exiger du débiteur la totalité de la dette. Des travaux préparatoires (Fenet, t. xv, p. 7 et 30) il résulte que le projet du Code donnait à la caution les mêmes actions et le même privilège de subrogation que la loi accorde au codébiteur solidaire. Mais le Tribunat fit remarquer que cette assimilation n'était pas fondée ; tout autre est, en effet, la situation de ces deux catégories de personnes : le codébiteur solidaire doit déduire sa part de ce qu'il peut demander à son coobligé, tandis que la caution peut demander au débiteur toute la dette. Cette observation fut adoptée, et on rédigea la loi dans le sens de l'article 2029.

Si le créancier, au lieu d'être complètement désintéressé, n'a reçu de la caution qu'un paiement partiel, il faut appliquer l'article 1252, aux termes duquel la subrogation ne peut en ce cas nuire au créancier, qui peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui qui ne l'a payé qu'en partie. Il n'y a pas d'ailleurs de distinction à faire entre le cas où le fidéjusseur aurait cautionné la totalité de la dette, et celui où il ne l'aurait garantie que pour partie. Par exemple, Primus doit à Secundus une somme de 10000 francs garantie

par une hypothèque sur une maison qu'il possède à Marseille. Tertius a cautionné la dette à concurrence de 5000 francs, qu'il paie à l'échéance à défaut du débiteur. Plus tard la maison est vendue 8000 francs. La caution, Tertius, viendra à l'ordre ouvert sur le prix, en vertu de la subrogation à elle consentie par la loi par suite du paiement; mais, comme cela ne doit pas nuire au créancier, elle ne viendra qu'après Secundus qui, outre les 5000 francs déjà encaissés, recevra encore pareille somme, de sorte que la caution, ne trouvant plus dans la somme à distribuer que 3000 francs, sera en perte de 2000 francs.

Comme le fait remarquer M. Pont (n° 275), le droit résultant de l'article 1252 est très exorbitant par lui-même; il ne faut donc l'exagérer. Cet auteur cite à l'appui de sa manière de voir un arrêt de la Chambre des requêtes du 27 novembre 1832 (Devilleeneuve, 33, 1, 117).

Nous demeurons également d'accord avec M. Paul Pont, lorsque, poursuivant le développement de son opinion, il explique que la caution a le droit de concourir avec le créancier sur les biens du débiteur, lorsque le titre de ce créancier ne lui confère aucun droit de préférence. Ici, en effet, la caution n'invoque pas le bénéfice de subrogation, elle s'en tient à son action de mandat ou de gestion d'affaires. La Cour de Cassation a rejeté le 1^{er} août 1860 (Dalloz, 60, 1, 502), un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Lyon qui avait admis le concours de la caution.

Toutefois, dans l'espèce déférée à la Cour de Lyon,

il est très important de faire remarquer que la caution n'avait garanti qu'une partie de la somme due, et qu'elle avait acquitté cette partie. M. Paul Pont reconnaît, et avec raison, que dans l'hypothèse où la caution se serait engagée pour la totalité de la dette, et où elle n'aurait fait qu'un paiement partiel, les tribunaux devraient rendre une solution contraire. Autrement, dit-il, la caution se trouverait nuire par son fait au remboursement du créancier vis-à-vis duquel elle demeure obligée : au moyen de l'attribution qui lui serait faite dans la distribution des deniers, elle lui reprendrait, en tout ou en partie, d'une manière indirecte, la somme qu'elle lui a précédemment payée : on ne saurait admettre un pareil résultat (Comp. M. Troplong, nos 367 et 368).

Nous venons de voir les effets de la subrogation entre la caution et le créancier. Examinons maintenant ceux qu'elle produit entre la caution et le débiteur.

Si le créancier, n'ayant reçu de la caution qu'un paiement partiel, lui délivre néanmoins une quittance intégrale, lui fait remise du surplus, cette caution subrogée suivant l'article 2029, pourra-t-elle poursuivre le débiteur pour le total de la créance primitive, ou devra-t-elle borner sa demande au chiffre par elle déboursé ?

Les auteurs ne sont pas d'accord sur la question. Nous déciderons sans hésiter que la caution pourra réclamer du débiteur le montant intégral de la créance. Nous admettons volontiers le tempérament apporté à cette opinion par MM. Troplong (n° 374)

et Paul Pont (n° 270), et nous donnerons avec eux la même solution que nous avons émise à propos de l'action de mandat ou de gestion d'affaires. Si le créancier a entendu simplement donner décharge à la caution, celle-ci ne sera point subrogée aux droits dudit créancier, ou ne le sera que jusqu'à concurrence de ce qu'il lui en a coûté pour obtenir sa décharge. Au contraire, si ce même créancier a voulu faire à la caution une libéralité, celle-ci pourra, en vertu de la subrogation, exiger du débiteur le montant intégral de la créance primitive.

MM. Duranton (t. XII, n° 122), Marcadé (art. 1250, n° 3), Ponsot (n° 257), Mourlon (Traité des Subrog., p. 13), Aubry et Rau (note 56), Colmet de Santerre (v, n° 187 bis) enseignent au contraire que la caution ne pourra répéter contre le débiteur que la somme qu'elle a réellement déboursée. Ces auteurs déclarent que, au moins dans les rapports du subrogé avec le débiteur, la subrogation est une cession ; or, nul doute que le cessionnaire ne puisse réclamer du cédé le montant intégral de la créance, quel que soit le prix par lui acquitté entre les mains du cédant. Toutefois ces jurisconsultes, et aussi M. Demolombe, qui dans son dernier volume (n° 238) soutient la même opinion, reconnaissent que la caution subrogée pourrait réclamer au débiteur le chiffre entier de la créance primitive, dans le cas où serait expressément formulée la volonté du créancier de lui transmettre la totalité de cette créance. Par suite, les auteurs ci-dessus nommés se rapprochent considérablement de notre manière de voir.

Quant à la question de savoir dans quels cas

l'intention libérale du créancier sera suffisamment claire, c'est là un point de fait qui, de l'avis de tous, doit être abandonné aux lumières des tribunaux.

Contrairement à l'avis de M. Ponsot (n° 258) nous pensons que, si le créancier d'une rente productive d'arrérages très élevés consent, par faveur spéciale et dans une pensée de libéralité, à en recevoir de la caution le remboursement anticipé, cette caution subrogée au créancier pourra exiger du débiteur le paiement des arrérages jusqu'au terme fixé pour le remboursement. Telle était dans notre ancienne jurisprudence l'opinion de Dumoulin. Le motif qui détermine notre décision, c'est que, dans cette hypothèse comme dans la précédente, il y a une donation abrégée. Les choses se passent comme si le créancier recevait à chaque terme les arrérages de la rente, et les donnait chaque fois de la main à la main à la caution. D'autre part, l'intention du créancier ayant été de favoriser exclusivement la caution, le débiteur n'a aucune raison de prétendre participer en quoi que ce soit à l'avantage accordé à celle-ci, car sa situation n'est pas empirée, elle est restée la même.

On sait que, sous le régime du Code civil, le taux de l'argent était illimité ; la loi du 3 septembre 1807 a limité ce taux à cinq pour cent en matière civile, et six pour cent en matière commerciale. *Quid juris* si la caution, dans l'intervalle compris entre la promulgation du Code et celle de la loi de 1807, a garanti une dette produisant des intérêts à douze pour cent, et si elle paie le créancier avec subrogation postérieurement à cette dernière loi ? Nous

croyons, avec M. Valette, qu'elle pourra prétendre que sa créance contre le débiteur doit continuer de produire des intérêts à douze pour cent. En effet le créancier, en transmettant à la caution en vertu de la loi tous ses droits, lui a transmis le droit de percevoir des intérêts à douze pour cent, comme il lui a donné les autres. Notre opinion se fortifie en outre de l'autorité de MM. Duranton (n° 138), et Gauthier (De la subrogation, nos 59 et 180). MM. Mourlon (p. 13) et Demolombe (n° 335) enseignent la doctrine contraire.

Supposons que postérieurement au cautionnement, le créancier se soit fait consentir par le débiteur des sûretés nouvelles, hypothèques ou autres cautionnements; la caution subrogée pourra-t-elle se prévaloir de ces nouvelles garanties? Dumoulin répondait négativement : « *Obligatio cedendi non debet extendi ultra limites qui erant tempore contractus.* » Et il ajoute que le fidéjusseur, en donnant sa garantie, n'a pu être poussé à intervenir par la perspective d'être subrogé à des sûretés qui n'existaient pas encore au moment du contrat. Cette raison ne nous semble pas péremptoire, du reste l'article 2029 ne distingue pas entre les sûretés antérieures et celles postérieures au cautionnement, et ses termes sont formels : « La caution est subrogée » à tous les droits qu'avait le créancier contre le » débiteur. »

La caution conserve-t-elle également contre le débiteur le droit de résolution qui appartenait au créancier? Nous inclinons vers l'affirmative. Il faut évidemment laisser de côté le cas où le créancier

n'aurait pas été complètement désintéressé. S'il s'agissait, par exemple, du cautionnement d'un prix de bail, nous admettrions avec M. Troplong (n° 367) que la caution, en ayant faute par le preneur de se libérer, n'acquiert point, sans le consentement du bailleur, le droit de provoquer la résolution du bail, car le bailleur peut avoir intérêt à ce que le bail continue : *Nemo contra se subrogasse videtur*. Si nous supposons le créancier complètement désintéressé par le paiement, par exemple au cas d'un prix de vente dont le vendeur serait payé par le fidéjusseur, faute par le débiteur cautionné de l'avoir acquitté, il faudra décider autrement, la caution subrogée au privilège du vendeur, l'est également au droit qu'avait celui-ci de demander la résolution du contrat pour défaut de paiement du prix au terme fixé. La Cour d'Amiens a statué en ce sens par un arrêt du 9 novembre 1825 (Dalloz, 26, 2, 156).

Si l'action résultant de la subrogation s'étend à tout ce que le créancier pouvait demander au débiteur, elle ne saurait jamais être plus étendue qu'elle ne l'était aux mains du subrogeant. Elle ne permet donc de répéter ni les frais de poursuites exercées contre la caution, ni les dommages-intérêts auxquels celle-ci peut avoir droit. En professant l'opinion contraire, M. Zachariæ (n° 427) confond l'action née de la subrogation avec l'action de mandat ou de gestion d'affaires qui appartient également à la caution. Nous avons vu, à propos de cette dernière action, que par son intermédiaire, le fidéjusseur peut répéter contre le débiteur le capital, les intérêts de la dette acquittée, des dommages-

intérêts et les frais. Ces deux actions ont donc chacune leur sphère propre et leurs avantages respectifs.

Pendant quel laps de temps la caution pourra-t-elle agir contre le débiteur ? A notre avis, si la caution s'en tient à son action personnelle de mandat ou de gestion d'affaires, sans invoquer la subrogation, nous avons dit plus haut qu'elle aura toujours trente ans pour agir, à dater du paiement par elle effectué. Si, au contraire, elle préfère exercer l'action du créancier primitif, cette action, dont la prescription a été interrompue par le paiement, et qui, par le fait seul de ce paiement, a commencé une nouvelle carrière, vivra le nombre d'années que la loi assigne à son existence. Il résulte de là que l'action la plus profitable au fidéjusseur sera tantôt l'action de mandat ou de gestion d'affaires, tantôt l'action du créancier primitif. La première a l'inconvénient d'être chirographaire, mais elle dure trente ans ; la seconde est munie des sûretés de la créance primitive, mais il arrive souvent qu'elle se prescrit par un délai fort court. Chacune d'elles a donc encore une fois ses avantages et ses inconvénients.

MM. Mourlon (p. 35 et 132) et Demolombe (nos 338 et 339) enseignent, au contraire, qu'au moyen de ses deux actions, c'est-à-dire même au moyen de l'action du créancier primitif, la caution aura toujours trente ans pour agir, à compter du paiement. Notre manière de voir semble bien être celle de M. Troplong (nos 363 et 364); elle a été consacrée par un arrêt de la Cour de Caen du 7 août 1840 (Journal du Palais, 41, 1, 122).

L'article 2030 prévoit le cas de solidarité entre les débiteurs principaux pour lesquels la caution est obligée. « Lorsque, dit-il, il y avait plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés a, contre chacun d'eux, le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé. » Cette disposition, comme l'a dit Lahary dans son discours au Corps législatif (Fenet, t. xv, p. 86) n'aggrave en aucune façon le sort des débiteurs principaux, et, d'un autre côté, elle a pour fondement la justice due à la caution. Les débiteurs étant solidaires, le créancier aurait pu exiger le tout de chacun d'eux ; la caution subrogée au créancier doit avoir le même droit. Du reste notre article n'est que l'application de l'article 2002, au titre du Mandat.

Si les débiteurs sont simplement conjoints, c'est-à-dire tenus seulement de la dette chacun pour sa part et portion, la caution qui les a cautionnés tous, et qui est subrogée au créancier qu'elle a désintéressé, ne pourra recourir contre chacun d'eux que pour la part dont il était tenu dans la dette, car le créancier n'aurait pu agir autrement.

Qu'arrivera-t-il si, les codébiteurs étant solidaires, la caution a payé pour le seul qu'elle a cautionné ? Il est évident que la caution subrogée peut réclamer toute la dette à celui qu'elle a garanti. Mais quel est son droit vis-à-vis des autres codébiteurs pour lesquels elle ne s'est pas obligée ? Un arrêt de la Cour suprême du 19 avril 1854 (Journal du Palais 55, 1, 343) avait décidé que la caution ne pourrait recourir contre les autres codébiteurs non cautionnés que du chef du débiteur cautionné.

Nous n'hésitons pas à déclarer, contrairement à l'opinion de MM. Marcadé (t. iv, n° 717) et Gauthier (n° 433), que, même au moyen de l'action du créancier primitif, la caution ne pourra réclamer du codébiteur qu'elle n'a pas cautionné, que sa part et portion dans la dette (Cass., 10 juin 1861, Dalloz, 61, 1, 361). Ces auteurs décident que, même vis-à-vis des débiteurs non cautionnés, la caution doit avoir, par suite de la subrogation, une action solidaire qui lui permette de réclamer la totalité contre chacun. Cette théorie n'est pas fondée. Sans doute, elle est conforme à la pensée dont s'inspira le Tribunal en faisant substituer au projet de l'article 2029, qui voulait restreindre les droits de la caution qui a payé, en les assimilant à ceux du codébiteur solidaire, la rédaction qui a prévalu, et qui confère à la caution la subrogation à tous les droits du créancier. Mais il ne s'agit pas ici de l'article 2029, où se trouvent les mots « subrogée à tous les droits du créancier », et qui ne vise que le cas où il n'y a qu'un seul débiteur ; l'hypothèse de pluralité de débiteurs, que nous examinons, est résolue dans l'article 2030, qui n'accorde à la caution de recours pour la totalité de ce qu'elle a payé, contre chacun des débiteurs solidaires, qu'au cas où elle les a cautionnés tous. Il exclut par là même le cas où la caution a répondu ou payé pour un seul des débiteurs solidaires ; donc, en ce cas, elle ne pourra recourir pour le tout contre les autres. Et il est à remarquer que le texte est absolu dans ses termes, qu'il ne distingue pas plus entre l'action personnelle et l'action du créancier que ne le fait l'article 1214, premier alinéa.

Si la caution, légalement subrogée, obtient de plus, en payant toute la dette pour l'un des débiteurs solidaires, la subrogation conventionnelle aux droits du créancier, n'aura-t-elle pas action pour le tout contre les débiteurs non cautionnés? Malgré l'avis contraire de M. Duranton (n° 355), nous ne le pensons pas; car les parties ne peuvent, au moyen d'une subrogation émanant de leur volonté, créer des avantages plus grands que ceux qui découlent de la loi elle-même, qui, hors le cas de l'article 2030, assimile le recours de la caution à celui du codébiteur solidaire.



§ III. — DES CAS OU LA CAUTION, MÊME AVANT
D'AVOIR PAYÉ, PEUT AGIR CONTRE LE DÉBITEUR.

Nous avons vu qu'en droit romain il y avait plusieurs hypothèses dans lesquelles la caution pouvait agir contre le débiteur, même avant qu'elle eût payé. Les dispositions des lois romaines se retrouvent dans l'article 2032. Il est juste, en effet, de donner ce recours anticipé à la caution, lorsqu'il est devenu évident que toutes les actions récursoires, après le paiement par elle effectué, ne peuvent aboutir qu'à un résultat illusoire, ou bien lorsque, poursuivie par le créancier, elle voit ses biens menacés de saisie et d'expropriation. Cette action est qualifiée par notre texte d'action en indemnité. Cette déno-

mination, empruntée à Pothier, a été critiquée, non sans raison, par quelques auteurs qui font remarquer que le mot indemnité suppose un dommage éprouvé et une réparation, qu'il ne s'agit dans les hypothèses de l'article 2032 que de dommages éventuels qu'on veut prévenir. Nous trouvons en effet dans les lois romaines des termes plus exacts pour qualifier le recours du fidéjusseur. Marcellus (L. 38 Dig., Mand.) dit que celui-ci agit « *ut liberetur* », et les empereurs Dioclétien et Maximien, dans la constitution qui forme la loi 10 Code, Mand., se servent des mots « *ad solutionem (debitorem) urgeri.* »

L'article 2032 énumère cinq cas dans lesquels est autorisé le recours préventif de la caution. Il est rédigé comme suit :

- « La caution, même avant d'avoir payé, peut agir
- » contre le débiteur, pour être par lui indemnisée,
- » 1^o Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le
- » paiement ;
- » 2^o Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en
- » déconfiture ;
- » 3^o Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rap-
- » porter sa décharge dans un certain temps ;
- » 4^o Lorsque la dette est devenue exigible par
- » l'échéance du terme sous lequel elle avait été
- » contractée ;
- » 5^o Au bout de dix années, lorsque l'obligation
- » principale n'a point de terme fixe d'échéance, à
- » moins que l'obligation principale, telle qu'une
- » tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être
- » éteinte avant un temps déterminé. »

Reprenons successivement ces différentes hypothèses.

1° Lorsque la caution est poursuivie en justice pour le paiement. — A Rome le recours anticipé de la caution n'avait lieu qu'après qu'elle avait été condamnée.

Dans notre ancienne jurisprudence, le président Favre combattit vivement cette manière de voir; il fit remarquer que par le fait de la poursuite, la caution subit un préjudice actuel, les frais et l'ennui du procès, de l'exécution duquel elle est même menacée; il en concluait que le fidéjusseur pouvait assigner le débiteur principal, pour que celui-ci fut tenu de le garantir ou d'acquitter la dette. Pothier (n° 442) se rangea à cet avis.

Les rédacteurs du Code ont consacré cette dernière théorie. Du reste, ils n'ont été que logiques, car du moment que, dans l'article 2028, ils décidaient que la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle, ils devaient statuer qu'elle a le droit et le devoir d'assigner le débiteur, dès qu'elle est elle-même actionnée.

La caution demandera que le débiteur paie le créancier sans délai. Si le débiteur refuse, elle obtiendra une condamnation qui lui permettra de faire procéder à la saisie et à la vente de ses biens; le créancier sera alors désintéressé sur le prix en provenant.

Il est à remarquer que le recours accordé à la caution par le premier alinéa de notre article, sera

presque toujours illusoire. En effet, pendant que la caution poursuivra le débiteur, l'action intentée contre elle par le créancier suivra également son cours, et comme cette dernière est la première en date, le fidéjusseur sera forcément condamné à payer avant que le débiteur le soit. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait supposer, ce qui se présentera bien rarement dans la pratique, que le créancier consentît à suspendre momentanément ses poursuites contre la caution.

Il faut d'ailleurs reconnaître que la caution poursuivie par le créancier, aurait toujours des moyens plus rapides et plus commodes pour atteindre le débiteur, et se dégager elle-même des poursuites du créancier. Elle peut invoquer le bénéfice de discussion, et si elle a renoncé à cette faveur, appeler le débiteur en cause, arrêter l'instance par l'exception dilatoire de garantie, au moyen de laquelle le débiteur sera mis en demeure de s'exécuter.

2° Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture. — Aux termes de l'article 444 du Code de commerce, la faillite rend exigible toutes les dettes du failli. Le Code civil, qui, dans le quatrième alinéa de l'article 2032, donne un recours anticipé à la caution contre le débiteur, dans le cas où la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle a été contractée, devait donc logiquement lui accorder la même faveur en cas de faillite ou de déconfiture dudit débiteur.

Il faut d'ailleurs supposer que le créancier ne produise pas au passif de la faillite ou de la déconfiture. « L'objet du cautionnement, dit M. Pardessus

» (Cours de droit commercial, n° 1216), est de
» garantir au créancier le paiement intégral de ce
» qui lui est dû. La faillite du débiteur ne permet-
» tant pas que les créanciers soient satisfaits par la
» masse, le créancier cautionné a droit de s'adresser
» lors de l'échéance à la caution. Si la caution paie
» le créancier, elle peut, conformément aux princi-
» pes sur la subrogation, réclamer dans la faillite
» le dividende que produira la créance principale,
» et par conséquent se présenter à la vérification
» des créances et demander sa collocation au
» passif. Elle le pourrait aussi avant d'avoir rien
» payé, dans le cas où le créancier ne se présente-
» rait pas, puisqu'elle y a intérêt, sauf le droit de
» la masse de l'écarter si le créancier se présente
» ensuite, car autrement il y aurait double emploi. »

Notre article ne s'occupe pas du cas où la caution a payé à l'échéance le créancier, car alors les effets ordinaires de la subrogation se produisent; il vise seulement celui où elle n'a pas payé. Si donc le créancier ne produit point au passif, la caution pourra se faire attribuer, sur l'actif du débiteur failli, la part proportionnelle à laquelle lui donne droit la créance, maintenant à peu près certaine, pour laquelle il aura à recourir contre lui.

Le tribunal de la Seine a décidé le 1^{er} août 1833 (Dalloz, 36, 3, 14), à tort selon nous, que le droit du créancier et celui de la caution forment deux créances parfaitement distinctes et indépendantes, pouvant, par conséquent, être produites concurremment au passif. « Avec ce système, dit M. Paul » Pont (n° 286), si les créanciers recevaient plus de

» cinquante pour cent, le paiement fait à la fois au
» créancier et à la caution dépasserait la somme
» dont le débiteur, même *in bonis*, aurait été tenu ;
» et s'il y avait un certificateur dont la créance
» devrait, en suivant le raisonnement du Tribunal,
» être considérée comme distincte des deux autres,
» les sommes payées représenteraient plus d'une
» fois et demie le montant de la dette originaire. »

Il est inutile de rappeler ici que la faillite du débiteur n'enlève pas à la caution le bénéfice du terme ; ce n'est qu'à l'égard du failli que la dette devient exigible.

Dans l'hypothèse du deuxième alinéa de l'article 2032, la loi romaine était plus libérale que le Code civil. En effet, les empereurs Dioclétien et Maximien, dans la constitution précitée, n'exigent pas, pour que la caution puisse exercer un recours anticipé, la déconfiture complète du débiteur ; il suffit que ce dernier commence à dissiper ses biens. Est-ce à dire, comme le prétend M. Troplong (n° 295) qu'il faille encore décider de même aujourd'hui ? Nous ne le croyons pas, en présence du texte formel de notre article qui veut, pour autoriser le recours anticipé de la caution, que la faillite ou la déconfiture soit un fait accompli.

3° Lorsque le débiteur s'est obligé de rapporter à la caution sa décharge dans un certain temps. — A l'expiration du délai convenu, la caution peut agir contre le débiteur à l'effet d'obtenir l'exécution de la promesse à elle faite. La constitution impériale ci-dessus mentionnée exigeait que la promesse de décharge fût faite *ab initio*, c'est-

à-dire au moment du contrat de cautionnement. Cela tenait à ce que, dans la loi romaine, les conventions intervenues depuis le contrat n'étaient que des pactes adjoints, qui n'engendraient pas d'action. Aujourd'hui, il importe peu que cette promesse de décharge soit faite *ab initio* ou après coup.

Notre ancienne jurisprudence consacrait ce droit des cautions; cependant quelques-uns de nos anciens auteurs faisaient exception pour le cas où la dette était une rente constituée. Dans l'ancien droit, en effet, le prêt à intérêt n'était permis que sous la condition imposée au prêteur d'aliéner le capital, c'est-à-dire sous la condition qu'il s'engagerait à ne provoquer le remboursement de l'argent prêté qu'à défaut du paiement des arrérages. Or, disait-on, si l'on permet à un tiers, intervenant dans la constitution du contrat de rente, de stipuler que l'emprunteur lui rapportera dans un temps déterminé la décharge de son cautionnement, on ménage ainsi au prêteur un moyen indirect d'arriver au remboursement qu'il ne peut exiger directement.

Cette objection n'arrêta point Dumoulin, Basnage et Pothier. Ils disaient qu'il était constant que le créancier ne pouvait pas contraindre le débiteur à racheter la rente aussi longtemps que ce dernier payait exactement les arrérages. Mais cela ne voulait pas dire que le débiteur ne pût pas être forcé au rachat par un tiers. Ces auteurs admettaient toutefois que la convention devait être annulée, si elle était entachée de collusion ou possédait un caractère usuraire.

Inutile d'ajouter que cette exception n'existe pas dans notre législation actuelle.

4° **Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée.** — Quand le terme est arrivé, la caution peut agir contre le débiteur ; elle peut craindre en effet d'être poursuivie par le créancier. Lors même que le créancier ne l'actionnerait pas de suite, le danger est imminent, et comme l'a dit M. Treilhard dans l'Exposé des motifs, de ce que le créancier sommeille un instant, il ne s'en suit pas que la caution ne doive pas veiller. La caution, du reste, a dû compter que le débiteur paierait à l'échéance, et il faut voir, dans ce cas, une convention tacite, sinon expresse, par laquelle le débiteur a promis de ne pas prolonger l'obligation accessoire au delà du moment d'exigibilité de la dette principale.

La prorogation de délai consentie par le créancier au profit du débiteur, ne saurait empêcher le recours anticipé de la caution. Celle-ci n'est pas déchargée par la concession d'un nouveau délai au débiteur. De plus, elle a dû croire, d'après la loi du contrat, que son obligation cesserait à la première échéance ; elle est donc fondée à réclamer sa libération lorsque cette échéance arrive.

Il y a, semble-t-il, contradiction entre les alinéas premier et quatrième de notre article. Le premier alinéa, avons-nous vu, exige, pour que le recours préventif de la caution soit ouvert, que des poursuites soient dirigées contre elle, tandis que le numéro quatre déclare que la seule échéance du terme

suffit. Il y a cependant un cas, fréquent dans la pratique, où la caution ne pourra pas agir par anticipation en invoquant le quatrième, et où elle le pourra en invoquant le premier alinéa. C'est celui où l'obligation cautionnée est une obligation continue, par exemple celle qui dérive d'un bail.

Mais le reproche est fondé si on se place à un autre point de vue. Voici ce qui est arrivé aux rédacteurs de l'article 2032.

Favre et Pothier, avons-nous dit, soutiennent que la caution peut agir contre le débiteur dès qu'elle est poursuivie. Mais Domat et Bourjon vont encore plus loin.

« Si le principal obligé, dit Domat, est en demeure » de payer le créancier au terme, le fidéjusseur » peut le poursuivre au terme échu pour l'y obliger, quoique le créancier ne demande rien » (Liv. III, tit. IV, sect. 3, n° 3). »

« L'obligation étant échue, dit Bourjon, la caution » a action contre le débiteur principal, pour l'obliger à lui fournir l'acquit du cautionnement. (Le » droit commun de la France, tit. 1, ch. 5, sect. 3, » § 15). »

D'après ces deux derniers auteurs, il suffit donc que le terme soit échu pour autoriser le recours de la caution, et cela que le créancier agisse ou non.

Les rédacteurs du Code ont copié Pothier dans le premier alinéa de notre article, et Domat et Bourjon dans le quatrième; ce qui explique la contradiction remarquée.

5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à

moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé. — Cette dernière hypothèse se justifie aussi bien que les précédentes : la caution a rendu au débiteur un bon office, il ne serait pas juste que ce dernier pût retenir indéfiniment son garant dans les liens du cautionnement, lorsqu'il lui est possible de le libérer en acquittant la dette.

La loi 38, § 1 Dig., Mand., avait déjà donné la même solution, lorsque le cautionnement a duré longtemps, mais nulle part dans les Pandectes, on ne précise quel laps de temps était requis ; c'était une question de fait laissée à l'appréciation du juge. Dans notre ancien droit, Pothier et Henrÿs suivirent la tradition romaine. Mais d'autres auteurs voulurent fixer un délai ; les uns, suivant l'exemple de Bartole, proposèrent deux ans, les autres dix, quelques-uns trente. Le Code a voulu faire cesser tout arbitraire en instituant le délai fixe de dix ans ; il en est ainsi lorsque l'obligation principale est d'une durée indéfinie, par exemple une rente constituée.

Toutefois le législateur a fait, à juste titre, une réserve au cas où l'obligation est de nature à ne pouvoir être éteinte avant un certain temps ; la caution, en cette hypothèse, a pu prévoir, lors de son intervention, quelle serait la durée de son engagement. L'exemple de la tutelle est assez mal choisi, car il n'est pas dans nos mœurs, contrairement aux usages romains, de faire donner caution aux tuteurs. Les rédacteurs de l'article se sont bornés à

reproduire l'exemple cité par Pothier. On peut en citer d'autres plus usuels : la caution légale de l'usufruitier, de l'usager, de celui qui jouit d'un droit d'habitation, la caution conventionnelle du débiteur des arrérages d'une rente viagère, ou du mari pour la restitution de la dot. Il en serait de même de la caution qui aurait répondu de la gestion d'un caissier, d'un comptable, d'un receveur.

Dans notre ancien droit, on controversait la question de savoir si le fidéjusseur, qui a cautionné le débiteur d'une rente constituée, pouvait, au bout d'un long temps, contraindre celui-ci à lui procurer sa décharge. Dumoulin et Henrys tenaient pour la négative, Pothier et Basnage soutenaient l'affirmative. Cette dernière opinion a prévalu aujourd'hui.

Une question semblable était vivement agitée dans notre ancienne jurisprudence. La caution qui a racheté la rente constituée par elle cautionnée, peut-elle exiger du débiteur de ladite rente le remboursement du prix de rachat ?

Raviot, en ses notes sur Perrier, question 103, n° 20, se prononce pour la négative. La fidéjussion, dit-il, est un témoignage d'amitié, un pur bienfait : il ne faut pas qu'elle serve de prétexte à la cupidité, ni qu'elle soit l'occasion de la ruine du débiteur. De plus, le fidéjusseur qui a racheté la rente, ne saurait avoir contre le débiteur plus de droits que le créancier primitif, et celui-ci ne pouvait exiger le remboursement du capital.

Pothier (n° 444) a refuté Raviot. Il distingue le cas où la caution n'a racheté la rente qu'au bout de

dix ans, après avoir vainement réclamé sa décharge, et le cas où elle a effectué le remboursement avant les dix ans.

Dans cette dernière hypothèse, il déclare que la caution ne pourra pas agir sur-le-champ en répétition contre le débiteur, mais qu'elle le pourra après l'expiration des dix ans. C'est là une décision bizarre, à laquelle aucun auteur ne donne son approbation, et que M. Troplong notamment (n° 409) déclare ne pas comprendre.

Dans le premier cas, au contraire, Pothier soutient que la caution pourra répéter contre le débiteur le montant du rachat. Il répond à Raviot que, si le cautionnement ne doit pas être pour la caution une occasion de bénéfice, il doit être encore moins pour elle une cause de perte ; le fidéjusseur a déboursé un capital, il faut qu'il puisse le recouvrer. Toutefois, dit le célèbre jurisconsulte, le juge devra facilement accorder au débiteur un terme, afin qu'il ait le temps de faire les fonds nécessaires au remboursement du capital de la rente, qui peut être très onéreux pour lui. D'autre part, Pothier décide que la caution a contre le débiteur non-seulement l'action du créancier, mais encore l'action *mandati contraria*, et que c'est cette dernière qu'il doit faire valoir pour rentrer dans ses déboursés.

Merlin (Questions de Droit, Caution, § 4) reproduit la distinction faite par Pothier. Il se range à l'avis de celui-ci pour le cas où la caution n'a exercé le rachat que dix ans après son intervention : il lui refuse toute action si elle l'a exercé auparavant. Nous nous rangeons à l'avis de Merlin, en y ajou-

tant toutefois ce tempérament, que le débiteur pourra faire échec à l'action en répétition du fidéjusseur, s'il établit que le remboursement lui a causé un réel préjudice.

L'énumération de l'article 2032 est-elle purement énonciative ou est-elle limitative ? Dans l'ancien droit, Henrys (Du Cautionnement, n° 39) donnait à la caution l'action en décharge, lorsqu'il était survenu, entre elle et le débiteur, une inimitié capitale. M. Troplong (n° 410) rappelle que, d'après Hering, il y avait dix-sept cas dans lesquels ce recours anticipé était ouvert. Aujourd'hui, tous les auteurs sont d'accord pour décider que notre article est limitatif, qu'il ne peut recevoir aucune extension. C'est d'ailleurs la règle commune à toutes les exceptions ; de plus, l'article 2033, *in fine*, ne laisse aucun doute à cet égard.

L'article 2032 est applicable aux simples affectations hypothécaires ? Ce point est en dehors de notre sujet : nous dirons seulement que la Cour de Bruxelles a jugé dans le sens de l'affirmative le 2 avril 1819 (Dalloz, Rép., Cautionnement, n° 33).

La caution qui veut se prévaloir du bénéfice de l'article 2032, a simplement le droit d'agir contre le débiteur ; elle ne peut donc pas procéder d'elle-même à des voies d'exécution, telles que la saisie et la vente des biens du débiteur, car, pour recourir à ces mesures, il faut être nanti d'un titre exécutoire. Elle se bornera donc à obtenir un jugement qui en tiendra lieu ; la condamnation du débiteur aura pour effet de l'indemniser du préjudice par elle souffert de cette prolongation de cautionnement ;

les juges de fait décideront de l'indemnité à fournir par le débiteur suivant les circonstances de la cause. (En ce sens Bordeaux, 22 février 1832, Dalloz, 32, 2, 96). Toutefois la caution pourrait user de mesures conservatoires, et, sauf l'autorisation du juge, procéder par voie de saisie-arrêt ; mais il lui est interdit d'aller au delà.

Il nous reste à examiner quelles cautions peuvent invoquer le bénéfice de l'article 2032.

A ne consulter que le texte, qui dit en général : la caution, il semble que cette faveur appartient à toutes les cautions sans exception ; il n'en est rien cependant. Presque tous les auteurs reconnaissent qu'outre le cas où la caution est intervenue en vertu d'un mandat du débiteur, elle a également cet avantage si elle a garanti ce dernier à son insu. M. Pont (n° 303) professe l'opinion contraire ; il est toutefois à remarquer qu'il faut que l'affaire ait été utilement gérée.

On est généralement d'accord pour refuser ce bénéfice à la caution qui se serait engagée dans l'intérêt du créancier, ou malgré le débiteur principal.

Le bénéfice de l'article 2032 appartient, selon nous, à la caution solidaire comme à la caution simple. Les partisans de la négative tirent argument de l'article 2021 qui décide que « l'effet de l'engagement de la caution solidaire se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires ; » or, dit-on, aux articles 1197 et suivants, on ne rencontre aucun bénéfice analogue à celui de l'article 2032, donc celui-ci ne s'applique qu'au caution-

nement simple. Ce raisonnement ne nous émeut pas; l'article 2021 n'est relatif qu'au bénéfice de discussion, il décide seulement que, si la caution s'est engagée solidairement avec le débiteur, le bénéfice lui sera refusé, comme d'ailleurs il l'est à tout obligé solidaire.

Du reste, le législateur n'avait aucun motif de traiter plus durement la caution solidaire, il devait au contraire la protéger davantage, car, étant privée déjà des exceptions d'ordre et de division, quelles armes aurait-elle pour repousser les attaques du créancier?

Par application de ce que nous venons d'exposer, nous déciderons, avec presque tous les auteurs, que la faveur de l'article 2032 peut être invoquée par la femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, et qui, aux termes de l'article 1431, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution.



SECTION III. — *De l'Effet du Cautionnement entre les cofidėjusseurs*

« Lorsque plusieurs personnes, dit l'article 2033,
» ont cautionné un même débiteur pour une même
» dette, la caution qui a acquitté la dette a recours

» contre les autres cautions, chacune pour sa part
» et portion.

» Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution
» a payé dans l'un des cas énoncés en l'article
» précédent. »

M. Zachariæ (t. III, § 428), croit que le recours accordé à la caution par notre article, est purement et simplement une conséquence de la subrogation de celle-ci dans les droits du créancier. Nous avons vu que, dans l'ancien droit, Pothier faisait dériver ce recours d'une gestion d'affaires. Nous pensons, avec M. Troplong (n° 421), que, sous le Code, les deux théories peuvent être admises. La caution qui a payé, est, en vertu de l'article 1251, 3°, subrogée aux droits et actions du créancier ; il est non moins évident que le fidéjusseur qui a géré l'affaire des autres, doit en toute justice avoir contre eux l'action *negotiorum gestorum*. Le législateur, en rédigeant l'article 2033, a eu en vue de reproduire la doctrine de Pothier, tout en persistant dans son innovation relative à la subrogation légale. C'est au fidéjusseur de choisir entre ces deux recours celui qui lui paraîtra le plus avantageux.

Le recours de l'article 2033 a lieu contre toutes les cautions obligées au paiement de la même dette, quelle que soit la date de leurs engagements respectifs. Il importe peu que les autres fidéjusseurs se soient obligés avant ou après celui qui a payé, si les divers cautionnements ont été contractés par un seul acte ou par des actes séparés.

Le recours aurait également lieu au profit de la caution qui aurait répondu pour l'un de plusieurs

codébiteurs solidaires, contre les cautions des autres codébiteurs, comme contre ces codébiteurs eux-mêmes. Dans cette hypothèse, la caution a recours seulement du chef débiteur par elle cautionné, et pour lequel elle aurait payé ; car de son propre chef elle n'aurait pas de recours en vertu de l'article 2033, qui s'occupe seulement des personnes qui ont cautionné un même débiteur pour une même dette.

On est généralement d'accord pour refuser le bénéfice de l'article 2033 à la caution réelle ; il n'est question dans ce texte, comme du reste dans tout le titre XIV du Code civil, que du cautionnement personnel.

Mais si le fidéjusseur ne peut pas atteindre la caution réelle au moyen de l'article 2033, ne pourrait-il pas se retourner contre elle à l'aide de l'article 2029 ? Ou bien est-ce la caution réelle qui, après avoir payé, sera subrogée contre la caution personnelle aux droits et actions du créancier, conformément à l'article 1252 ?

M. Ponsot (n° 285) croit que le préjudice résultant de l'insolvabilité du débiteur principal, devra être supporté, par moitié dans l'espèce, entre la caution réelle et la caution personnelle.

M. Troplong (n° 427) combat vivement cette théorie. Il est de principe, dit-il, que les obligés personnels sont tenus plus étroitement que ceux qui sont obligés *re tantum*. Il en conclut que la caution personnelle n'a aucun recours contre la caution réelle, et que celle-ci, au contraire, après avoir payé, a contre le fidéjusseur une action en répéti-

tion, non pas seulement pour moitié, mais pour le tout, conformément à l'article 1252.

Quid juris quand le fidéjusseur se trouve en présence, non plus d'une caution réelle, mais du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué pour sûreté de la dette par le débiteur lui-même ? Les deux jurisconsultes sont ici encore moins d'accord que dans l'hypothèse précédente.

M. Troplong persiste dans son opinion, et déclare la caution personnelle déchue de tout recours contre le tiers détenteur. Il s'appuie sur l'autorité de Favre, de Loyseau et de Pothier.

M. Ponsot, au contraire, donne ici à la caution contre le tiers détenteur un recours, non plus pour la moitié, mais pour la totalité, et refuse au tiers détenteur toute subrogation contre la caution personnelle.

Nous croyons que, pour résoudre les deux questions ci-dessus, il faut user de distinctions. Examinons d'abord l'hypothèse de la caution réelle.

L'immeuble a été hypothéqué avant l'intervention du fidéjusseur. En ce cas, nous accorderions recours pour le tout au fidéjusseur contre la caution réelle. En effet, le fidéjusseur a garanti la dette telle qu'elle était au moment du cautionnement, c'est-à-dire accompagnée d'une hypothèque sur laquelle il avait le droit de compter pour se faire indemniser, au cas où il devrait payer le créancier.

La fidéjussion a-t-elle précédé la constitution d'hypothèque ? La préférence alors reviendrait au tiers détenteur.

Si la caution réelle et le fidéjusseur sont interve-

nus en même temps, nous donnerions encore le premier rang au tiers détenteur ; ce dernier est tenu moins strictement que la caution personnelle.

Dans l'hypothèse où le fidéjusseur, au lieu d'être en présence d'une caution réelle, se trouve en face d'un tiers détenteur, acquéreur d'un immeuble hypothéqué par le débiteur principal, nous adoptons le sentiment de M. Ponsot, et, soit que l'hypothèque ait précédé le cautionnement, soit qu'elle l'ait suivi ou accompagné, nous donnerions toujours la préférence à la caution sur le tiers détenteur. Il est vrai que nos anciens auteurs étaient d'un avis différent. Cependant, s'il est un principe certain, c'est que la caution a un droit incontestable à toutes les sûretés établies sur les biens du débiteur principal. Celui-ci, en hypothéquant son immeuble au créancier, l'a, pour ainsi dire et du même coup, affecté en faveur de la caution, pour le cas où celle-ci paierait la dette. Quand le fonds est ensuite aliéné, l'acquéreur le reçoit grevé de cette double charge qui, comme toute charge réelle, suit l'immeuble en quelques mains qu'il passe.

Voyons maintenant dans quelle mesure peut s'exercer le recours de la caution.

L'article 2033 dit que la caution, qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion. La loi veut faire participer tous les fidéjusseurs à la perte résultant pour l'un d'eux du paiement qu'il a été obligé d'effectuer ; par suite chacun d'eux devra restituer à celle qui a payé sa part virile dans la dette.

S'il y a des cautions insolvables, leur part sera

supportée également par toutes les autres solvables. Les choses se passent ici comme dans l'hypothèse du bénéfice de division.

Cette décision de l'article 2033 est fort rationnelle, si l'on admet avec Pothier que la base du recours de la caution contre ses cofidéjusseurs consiste dans un quasi-contrat de gestion d'affaires. Cependant, comme nous avons admis que la subrogation est un des fondements de ce recours, il semble que cette subrogation devrait conférer à la caution, contre chacun de ses coobligés, non une action pour partie, mais une action pour tout ce qu'elle aurait payé, moins sa part dans la dette. Le législateur ici a voulu éviter un circuit d'actions, et empêcher une série de recours.

Si la caution se faisait subroger conventionnellement par le créancier, pourrait-elle exercer son recours pour le tout, moins sa part, contre chacune des autres cautions? L'affirmative a été soutenue par M. Toullier (t. VII, n° 133). Nous adoptons la négative, suivant en cela la manière de voir de la presque unanimité des auteurs, car le circuit d'actions que le législateur a voulu éviter dans l'hypothèse précédente, se présenterait encore en cette circonstance; de plus, la subrogation conventionnelle ne saurait avoir des effets plus étendus que la subrogation légale, qui n'est qu'une subrogation conventionnelle tacite et sous-entendue.

Quelles sont les conditions requises de la caution pour qu'elle puisse exercer le recours de l'article 2033?

Il faut d'abord qu'elle ait payé la dette.

Dans notre ancien droit, quelques auteurs, parmi lesquels Basnage (*Traité des Hypothèques*, p. 2, ch. 6), et Brodeau (sur Louet, lettre F, ch. 27) enseignaient que le fidéjusseur pouvait, même avant d'avoir payé, et dans le cas d'un péril à redouter, contraindre ses cofidéjusseurs à contribuer avec lui au paiement de la somme due en commun au créancier. Pothier (n° 446) a réfuté cette manière de voir, en faisant remarquer qu'avant d'avoir payé, le fidéjusseur est sans droit, puisque sa créance de gestion d'affaires, comme son bénéfice de subrogation, ne peuvent évidemment naître que du fait du paiement. Il est à croire que les rédacteurs de l'article 2033 ont entendu consacrer la théorie de Pothier.

Le célèbre jurisconsulte pensait toutefois que, dès la poursuite du créancier dirigée contre lui, le fidéjusseur avait action contre ses cofidéjusseurs pour les obliger à fournir chacun leur part de la somme demandée, et que, faute par les cofidéjusseurs de s'exécuter, ils devraient être tenus chacun pour leur part des frais faits depuis la dénonciation à eux faite des poursuites intentées.

M. Ponsot croit que le Code a entendu reproduire aussi cette dernière opinion de Pothier. Nous préférons suivre le sentiment contraire de M. Trolong, qui (n° 424) dit que le législateur a employé à dessein dans l'article 2033 des termes incompatibles avec la solution présentée par l'immortel auteur du *Traité des Obligations*.

Il ne suffit pas que le fidéjusseur ait payé ; il faut encore qu'il ait payé en ayant un juste sujet de le faire, et, d'après l'article 2033, ce juste sujet

n'existe qu'autant qu'il a effectué le paiement dans les cas énumérés par l'article 2032. Si le fidéjusseur avait payé hors de ces cas, l'action en recours lui échapperait.

En présence des termes formels et généraux de l'article 2033, *in fine*, on s'imaginerait que personne n'aurait jamais pu élever à ce sujet la moindre objection. MM. Ponsot (n° 292) et Duranton (t. xviii, n° 366) accordent bien le recours à la caution contre ses cofidéjusseurs dans les hypothèses prévues aux premier, deuxième et quatrième alinéas de l'article 2032, mais ils le lui refusent dans les cas énumérés aux troisième et cinquième alinéas dudit article.

Ils estiment que la caution poursuivie en paiement de la dette, a eu un juste sujet de l'acquitter, qu'en économisant par là les frais, elle a utilement géré l'affaire commune. De même, au cas de faillite ou de déconfiture, elle a bien payé, à condition toutefois que le terme fût échu, si l'obligation principale était affectée de cette modalité, car ces événements laissant subsister le bénéfice du terme en faveur des cautions, la caution qui paie le créancier n'a pas le droit, par un paiement intempestif, de priver ses cofidéjusseurs d'une faveur qui leur appartient. Rien encore à objecter si la caution paie à l'échéance du terme.

Mais, ajoutent ces auteurs, lorsque, le débiteur principal étant solvable, la caution, au lieu de demander sa décharge, a volontairement acquitté l'obligation, nous ne croyons pas pouvoir lui accorder dans ce cas de recours contre les cofidéjusseurs. Il importe peu, pour ces jurisconsultes, que la dette

soit exigible, que le délai de la promesse de décharge soit expiré, qu'il y ait plus de dix ans que le cautionnement dure, car, disent-ils, la caution, en exerçant le droit que lui confère l'article 2032, pouvait obtenir sa décharge sans payer. Si donc elle a payé, elle a nui à l'intérêt commun, et par suite elle ne peut recourir contre ses cofidéjusseurs.

Nous répondrons à MM. Ponsot et Duranton que, dans les hypothèses prévues aux troisième et cinquième alinéas de l'article 2032, la caution ne se borne pas à demander sa décharge ; elle demande en outre, qu'à défaut, le débiteur fournisse des fonds suffisants pour acquitter la dette, et si, en définitive, elle n'obtient ni la décharge, ni les fonds, elle devra, comme restant obligée, satisfaire à son obligation vis-à-vis du créancier. Or c'est précisément ce paiement, opportun à coup sûr, opéré par la caution, qui devient la base de son action récursoire contre ses cofidéjusseurs. D'ailleurs, l'article 2033 est général et fort explicite, et il suffit de lire le rapport de Chabot au Tribunat pour se convaincre du peu de fondement de l'opinion que nous venons de combattre (Fenet, t. xv, p. 58).



CHAPITRE III

De l'Extinction du Cautionnement.

§ I. — DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT INDÉPENDAMMENT DE L'OBLIGATION PRINCIPALE.

A. — Étudions d'abord les causes d'extinction communes au cautionnement et aux autres obligations, nous verrons ensuite avec l'article 2037 une cause d'extinction spéciale au cautionnement.

« L'obligation qui résulte du cautionnement, dit » l'article 2034, s'éteint par les mêmes causes que » les autres obligations. »

L'extinction de l'obligation principale entraîne toujours celle de l'obligation accessoire dérivant du cautionnement. Il se peut aussi réciproquement, que l'extinction de l'obligation accessoire entraîne celle de l'obligation principale; toutefois ce dernier effet est relatif, et se produit ou non suivant les circonstances.

1° Paiement. — Le paiement est le mode d'extinction des obligations par excellence. Si donc la caution acquitte par ce moyen l'obligation principale,

elle est libérée et elle libère aussi le débiteur ; ce dernier est seulement déchargé vis-à-vis du créancier, car il reste soumis au recours de la caution. Nous assimilons la dation en paiement au paiement.

2° **Novation.** — M. Paul Pont (n° 334) reproche à M. Ponsot (n° 299) de faire figurer la novation parmi les modes d'extinction du cautionnement ; c'est là, dit-il, une inadvertance. Selon lui, la novation est un mode d'extinction qui ne peut s'appliquer qu'à l'obligation principale.

A notre avis, cette accusation n'est pas fondée. En effet, M. Ponsot commence par déclarer qu'il n'y a évidemment pas novation quand le créancier accorde un simple terme à la caution qui n'en avait pas ; mais il voit une novation au cas où, supposé que le débiteur principal ne paierait point, la caution, par un acte postérieur au contrat de cautionnement, s'oblige vis-à-vis du créancier à lui livrer tel objet ou à faire telle chose pour lui. M. Ponsot dit qu'une pareille convention est exclusive de l'idée de cautionnement ; suivant M. Pont, elle constituerait simplement une variété de remise du cautionnement. Nous préférons l'opinion de M. Ponsot, qui voit là une véritable novation par changement d'objet et aussi par changement de cause ; il n'y a pas ici à parler de remise, car le nouvel engagement de la caution peut être plus onéreux que l'ancien.

3° **Remise volontaire.** — La remise que le créancier fait de ses droits à la caution, peut être consentie à titre gratuit ou à titre onéreux.

Lorsque le créancier, faisant remise volontaire de la dette, donne quittance à la caution en vue de la gratifier du montant de la dette, il libère du même coup vis-à-vis de lui la caution et le débiteur principal ; mais celui-ci demeure soumis au recours de la caution.

Si le créancier a voulu faire une libéralité à la fois au fidéjusseur et au débiteur, tous deux seraient libérés, mais la caution perdrait son recours contre le principal obligé.

Si la remise porte non plus sur la dette, mais seulement sur le cautionnement, ce dernier seul est éteint. Pothier disait que dans ce cas, il y avait *décharge personnelle*, et dans les deux précédents *remise réelle*.

Supposons maintenant une remise du cautionnement faite à titre onéreux par le créancier.

Dans notre ancien droit, il était controversé de savoir si, dans cette situation, la décharge accordée personnellement au fidéjusseur devait ou non profiter au débiteur principal, c'est-à-dire si la somme ainsi reçue par le créancier pour prix de la décharge, devait ou non être imputée sur la créance même, et la diminuer d'autant.

Dumoulin (De Usuris, quest. 34) et Pothier (n° 618) soutiennent que le débiteur, et les cofidéjusseurs, s'il y en a, sont absolument étrangers à ce pacte de remise, que leur situation reste la même qu'elle était antérieurement. Ces auteurs ne voient dans la somme versée par la caution que le prix du risque de l'insolvabilité du débiteur, risque qui sera désormais à la charge du créancier ; cet

aléa fait que la somme n'est pas sans cause aux mains de ce dernier. Il est à regretter que cette opinion, pleine de sagesse, n'ait pas été consacrée par le Code, mais les termes de l'article 1288 sont trop formels pour qu'on puisse soutenir que les rédacteurs n'ont pas abrogé l'ancien droit sur ce point. Cet article est ainsi conçu : « Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement, doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions. »

4° Compensation. — La compensation n'étant qu'un paiement abrégé, il s'en suit que la caution, devenue créancière du créancier, est libérée et libère en même temps le débiteur vis-à-vis du créancier, en opposant la compensation à ce dernier ; cependant le débiteur reste soumis au recours de la caution. Celle-ci seule peut opposer la compensation ; le débiteur ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution (art. 1294).

5° Confusion. — Quand les qualités de créancier et de débiteur de la dette cautionnée se trouvent réunies dans la même personne par suite d'héritage ou autrement, la dette principale et le cautionnement s'évanouissent. « La confusion qui s'opère en la personne du débiteur principal, dit l'article 1301, 1°, profite à ses cautions. » Nous n'avons pas à envisager ici cette hypothèse.

Il peut arriver aussi que la confusion n'ait lieu que du débiteur à la caution, ou du créancier à la caution, et réciproquement. Il est évident que dans

ces cas l'obligation principale subsiste (art. 1301, 2°). Mais quel sera le sort du cautionnement ?

1° Le débiteur principal hérite de la caution : le cautionnement est éteint, le débiteur ne pouvant être sa caution à lui-même.

2° La caution hérite du débiteur principal : le cautionnement disparaît, faute d'objet.

3° Le créancier succède à la caution : le cautionnement prend fin, le créancier ne peut être caution de sa propre créance.

4° La caution succède au créancier : la même solution s'impose.

Rappelons toutefois ici que la confusion n'est pas réellement un mode d'extinction des obligations : elle ne fait le plus souvent qu'en rendre l'exécution impossible par suite d'un obstacle insurmontable qu'elle élève. En effet, toute obligation suppose au moins deux sujets distincts ; or, par l'effet de la confusion, ces deux sujets n'en forment plus qu'un. D'où il résulte que si, par suite d'une circonstance quelconque, un tiers a intérêt à ce que l'obligation suive son cours, il est en droit d'agir comme s'il n'y avait pas eu confusion. Ainsi le créancier pourrait éprouver un préjudice au cas de confusion s'opérant entre la caution et le débiteur principal, par exemple au cas d'une obligation naturelle garantie par une caution obligée civilement. (Africain, L. 21, § 2 Dig., De fidej.)

Il semble qu'on doive donner une solution analogue dans le cas où le cautionnement, réputé éteint par la réunion sur la même tête des qualités de débiteur et de caution, se trouve être garanti par

un certificateur. Cependant les Romains, Africain entre autres (L. 38, § 5 Dig., De solut.), décidaient autrement ; selon eux, le créancier ne pouvait prétendre à aucune action contre le certificateur, parce que la confusion ayant fait disparaître l'obligation du fidéjusseur, il n'y avait plus rien pour soutenir l'obligation accessoire du certificateur.

Cette manière de voir a été adoptée par Cujas. Mais la plupart de nos anciens auteurs n'ont pas partagé son avis ; ils décident que le certificateur n'est pas déchargé par la confusion qui s'est opérée dans la personne du fidéjusseur et du débiteur principal. En effet, disent-ils, la confusion ne saurait préjudicier au créancier, de plus, en répondant pour la caution, le certificateur a aussi répondu pour le débiteur principal.

Le Code a suivi cette dernière théorie dans l'article 2035, qui décide que « la confusion qui s'opère » dans la personne du débiteur principal et de sa » caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de » l'autre, n'éteint point l'action contre celui qui » s'est rendu caution de la caution. »

Si la confusion s'était opérée entre le créancier et la caution, le certificateur serait libéré. En effet, si le créancier l'actionne en qualité de créancier, il le repoussera en lui opposant que, comme fidéjusseur, il doit le garantir contre toute demande en paiement de la dette, en vertu de la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*

Que si, au moment où la confusion s'est opérée entre le créancier et la caution, celle-ci avait déjà

payé au premier une partie de la dette, elle ne pourrait, comme créancière, réclamer au débiteur que la portion non encore payée, elle n'aurait recours contre lui pour le surplus que par l'action *mandati contraria*.

6° Nullité ou rescision. — Le cautionnement prend encore fin, tout en laissant subsister l'obligation principale, dans le cas où la caution fait prononcer la rescision de son engagement, par exemple pour cause de minorité, ou pour vice du consentement, violence, dol, erreur.

Pour ce qui est de l'erreur, nous ferons remarquer que la considération de la personne du débiteur étant la plupart du temps la cause déterminante de l'engagement de la caution, l'erreur sur la personne de ce débiteur nous paraît devoir constituer une cause suffisante d'annulation.

7° Arrivée du terme ou de la condition résolutoire. — Si la caution s'est engagée sous l'une ou l'autre de ces modalités, leur échéance ou arrivée amènera sa libération, sans que l'obligation principale soit atteinte.

8° Prescription. — Il semblerait au premier abord que l'obligation de la caution, distincte de celle du débiteur principal, née d'un contrat différent, engendrant des actions à elle propres, pût s'éteindre par prescription, l'obligation principale subsistant. Cette opinion, soutenue dans notre ancien droit, fut repoussée par Pothier, et le Code a consacré l'avis de ce dernier auteur en termes formels, dans l'article 2250 : « L'interpellation faite au débi-

» teur principal, dit ce texte, ou sa reconnaissance, » interrompt la prescription contre la caution. » Il suit de là que la caution ne pourra jamais invoquer la prescription que du chef du débiteur principal, c'est-à-dire que le cautionnement ne pourra jamais être éteint par prescription, sans que l'obligation elle-même ne soit anéantie par ce moyen.

La prescription, interrompue contre la caution, l'est-elle également contre le débiteur principal ? Nous inclinons vers l'affirmative, suivant en cela le sentiment de Merlin (Rép., Interruption, n° 16), de MM. Troplong (n° 464) et Dalloz (Rép., Cautionnement, n° 311), malgré l'avis contraire de MM. Marcadé (sur l'article 2250, n° 2), Duranton (t. XXI, n° 283), Ponsot (n° 326) et Paul Pont (n° 342).

On ne peut soutenir que l'interpellation adressée au débiteur est étrangère à la caution, en présence de l'article 2028, qui oblige le débiteur principal à indemniser la caution des frais de poursuites.

Le fidéjusseur est le mandataire du débiteur pour payer, il a par suite qualité pour recevoir, tant en son nom qu'au nom du débiteur principal, les demandes tendant au paiement.

On objecte que le débiteur pourra ignorer les interpellations adressées à la caution. Nous dirons seulement que le premier devoir du mandataire est de mettre son mandant au courant de tout ce qui concerne le mandat, que son intérêt même le lui commande, car, s'il omettait de prévenir le débiteur, comment celui-ci interviendrait-il au procès pour le défendre ?

Aux termes de l'article 2036, la caution peut invo-

quer contre le créancier toutes les exceptions qui compètent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. Si, comme le prétendent les auteurs dont nous combattons la doctrine, la prescription interrompue contre la caution ne l'est pas en même temps contre le débiteur principal, celui-ci se trouvera libéré. Du moment où il peut opposer la prescription au créancier, la caution, malgré les interpellations à elle adressées, le pourra de même, aux termes de l'article 2036. Ne serait-il pas vraiment inique qu'un créancier qui s'est fait payer pendant trente ans par la caution les intérêts de la somme prêtée, encourrait la déchéance de ses droits, tout comme le créancier qui, pendant le même intervalle, serait resté inactif à l'égard du débiteur et de la caution ?

Il nous reste à examiner certaines questions que soulève l'application de certains modes de preuve de l'existence ou de l'extinction des obligations. Nous parlerons successivement du serment, de la transaction et de la chose jugée.

L'article 1365 commence par dire que « le serment » fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a » déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers » ou ayants-cause, ou contre eux, » puis il ajoute que « le serment déféré à la caution profite au » débiteur principal. » Telle était aussi la règle romaine.

Si la caution refuse de prêter le serment à elle déféré, ou si, l'ayant déféré au créancier qui le prête, elle succombe, le débiteur principal à notre avis n'est pas, par ce fait, condamné du même coup.

En effet, l'article 1365 pose un principe, puis une exception ; or on ne saurait étendre cette dernière au delà des limites qu'elle comporte.

Ce que nous venons de dire s'applique seulement au cas de serment portant sur l'existence de la dette ; le serment portant sur l'existence du cautionnement, purement personnel au fidéjusseur, ne saurait être pour le débiteur une cause de bénéfice ou de perte.

La transaction passée entre le créancier et la caution, portant simplement sur la fidéjussion, ne peut profiter ou nuire qu'à la caution. Mais si elle a pour objet la dette cautionnée, nous croyons, par assimilation de motifs, et en nous appuyant sur l'article 1365, que le débiteur peut s'en prévaloir ; le serment est en effet une sorte de transaction. De même la transaction désavantageuse signée par la caution avec le créancier, ne peut être opposée au débiteur.

Si la caution, poursuivie par le créancier, a obtenu un jugement qui déclare nulle ou éteinte l'obligation principale, et que le créancier se retourne contre le débiteur, celui-ci pourra-t-il repousser son action par l'exception de chose jugée ?

Merlin (Quest. Chose jugée, 518, n° 5), s'appuyant sur la loi romaine, et sur l'autorité de Bartole et de Favre, soutient que le débiteur ne peut se prévaloir de l'exception de chose jugée. Nous croyons, avec M. Troplong (n° 453), que les textes invoqués par ces auteurs visent une hypothèse tout-à-fait spéciale, et ne sauraient avoir aucune influence sur la solution de la question que nous examinons.

Cette question présente tant d'analogie avec celle précédemment indiquée sur le serment, que nous n'hésitons pas à proclamer que le débiteur doit profiter du jugement rendu en faveur de sa caution, comme il profite du serment qu'elle a prêté.

C'est en vain qu'on nous objecte que le débiteur n'a pas été partie dans l'instance, qu'il n'y a pas été représenté, que par suite les conditions exigées par l'article 1351 ne sont pas remplies. Nous répondons que la caution tient de sa qualité même un mandat à l'effet de plaider dans l'intérêt du débiteur, et qu'ainsi elle l'a représenté au procès. Personne ne conteste qu'elle soit mandataire du débiteur à l'effet de payer le créancier, elle a donc aussi mandat de le libérer par tous les moyens équivalents à un paiement.

Du reste, la théorie de Merlin aboutit à des conséquences inadmissibles. Supposons qu'il a été jugé entre le créancier et la caution que celle-ci a payé la dette cautionnée. Le créancier va actionner le débiteur, et soutenir qu'il n'a pas été payé, et la caution viendra demander au débiteur de l'indemniser du paiement qu'elle a effectué. Cette conséquence est logique, mais personne n'oserait la soutenir.

Suit-il de là que la chose jugée contre la caution l'est par cela même contre le débiteur principal ? Nullement, car si la caution a mandat d'agir dans l'intérêt du débiteur, elle n'a nullement celui de rendre pire la situation de ce dernier. Le fidéjusseur doit commencer par appeler en cause le débiteur principal, son garant ; si elle manque à cette

obligation, quoi de plus juste que de décider qu'elle soutient la lutte à ses risques et périls ?

Ce que nous venons de dire s'applique au cas où le jugement intervenu entre le créancier et la caution porte sur l'existence de l'obligation principale ; s'il n'a rapport qu'à l'existence du cautionnement, il est à l'égard du débiteur *res inter alios acta*.

Ces principes sur l'influence des modes de preuve sont applicables à la caution solidaire comme à la caution simple. Nous déciderons aussi que la prescription interrompue contre la caution solidaire, l'est également contre le débiteur principal.

B. — Examinons maintenant une cause d'extinction spéciale au cautionnement.

« La caution, dit l'article, 2037, est déchargée, » lorsque la subrogation aux droits, hypothèques » et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait » de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution ».

Nous ne reviendrons pas ici sur ce que nous avons dit au sujet de la cession d'actions à Rome et dans l'ancien droit. Nous ne saurions toutefois passer sous silence la singulière théorie de M. Troplong (nos 533 et suiv.), qui trouve l'origine de notre article 2037 dans la Nouvelle iv de Justinien, introductive du bénéfice de discussion, et abolitive, selon lui, de l'ancienne distinction entre la fidéjussion et le *mandatum pecuniæ credendæ*, relativement à la cession d'actions. Il est certain que rien dans cette Nouvelle, ni dans les autres textes du droit romain, ne fait allusion à une innovation aussi importante qui, si elle eût existé, ne serait pas restée inaperçue, et par suite ne permet de trouver une corrélation

quelconque entre le bénéfice de discussion et la cession d'actions.

L'article 2037 est un de ceux qui ont donné lieu aux plus grandes difficultés. Il a reproduit la doctrine de Pothier qui, avec notre ancienne jurisprudence, appliquait en cette matière les règles du *mandatum pecuniæ credendæ* et non celles de la fidéjussion. Les cautions simples ont incontestablement le droit de se prévaloir de notre article. Celui-ci est absolument conforme à l'équité. En effet, celui qui vient ajouter son cautionnement à une dette déjà garantie par d'autres sûretés, telles qu'un privilège, une hypothèque, se détermine à s'engager dans la pensée que, s'il venait à payer pour le débiteur, il serait subrogé aux droits et actions du créancier, sans encourir le risque de n'être pas indemnisé. Si donc le créancier trompe ses légitimes espérances en perdant ces sûretés, la loi décharge la caution.

Si la caution a renoncé au bénéfice de discussion, peut-elle encore se prévaloir de l'article 2037 ? Suivant la théorie de M. Troplong, la négative est évidente, la cession d'actions n'étant pour lui que la résultante du bénéfice de discussion. Nous ne saurions admettre cette manière de voir, car sous le Code, pas plus que dans la loi romaine, la cession d'actions n'a pour fondement le bénéfice de discussion. Pour que la théorie de M. Troplong fût rationnelle, il faudrait que la loi eût permis à la caution de faire discuter les tiers détenteurs, ce qu'elle prohibe au contraire dans l'article 2023.

Il suffit de comparer le bénéfice de l'article 2037 avec celui de discussion, pour être convaincu que

la corrélation prétendue entre ces deux faveurs n'existe en aucune façon. A la différence de la cession d'actions, le bénéfice de discussion n'est pas même de l'essence du cautionnement, l'article 2042 en privant la caution judiciaire ; la première exception est péremptoire, la seconde seulement dilatoire. De plus, il serait déraisonnable de supposer que le fidéjusseur qui renonce au bénéfice de discussion, entende par là même abandonner le droit que lui confère l'article 2037. Les deux faveurs concédées à la caution sont absolument indépendantes l'une de l'autre.

Les cautions solidaires ont-elles, comme les cautions simples, le droit d'invoquer l'article 2037 ? Inutile de dire que M. Troplong soutient la négative. Il est clair, en effet, que si on n'admet que l'obligation pour le créancier de conserver ses actions au fidéjusseur, n'est que le corollaire du bénéfice de discussion, la caution solidaire, ayant virtuellement renoncé à ce bénéfice, ne peut invoquer la faveur concédée par notre texte. Cette manière de voir n'est adoptée que par un petit nombre de jurisconsultes, entre autres MM. Taulier (t. vii, p. 48), Massé et Vergé (sur Zachariæ, t. v. p. 79 et 80, note 3) ; elle a été consacrée par quelques arrêts anciens.

Ayant posé un principe contraire, nous arrivons aussi à une conséquence opposée. D'accord avec l'ancien droit (Pothier, n° 557), la majorité des auteurs, et la jurisprudence constante de la Cour de Cassation, dont le dernier arrêt porte la date du 23 février 1857 (Dalloz, 57, 1, 88), nous soutenons

que la caution solidaire peut, comme la caution simple, invoquer l'article 2037.

En effet, si le législateur eût entendu restreindre le bénéfice de l'article 2037 à la caution simple, il s'en serait expliqué ; il n'en est rien, et notre texte est conçu en termes généraux. Nous avons déjà dit plus haut que, pour être solidaire, la caution n'en est pas moins restée caution, que la solidarité qui accompagne son engagement, ne change ni la nature ni les conséquences de son obligation accessoire. L'article 2029 ne distingue pas davantage, quand il déclare la caution qui a payé subrogée de plein droit à tous les droits et actions du créancier contre le débiteur. La subrogation légale est aussi le fondement de la déchéance prononcée par l'article 2037 ; pourquoi la caution est-elle déchargée ? Parce que la subrogation est impossible.

Nous avons suivi la doctrine de Pothier au sujet de la caution solidaire, nous devons au contraire nous en écarter à propos du codébiteur solidaire. L'illustre jurisconsulte donnait en effet au codébiteur solidaire la même ressource qu'à la caution solidaire. Cette solution est rejetée par beaucoup d'auteurs et une jurisprudence constante ; les derniers arrêts de la Cour de Cassation à ce sujet ont été rendus les 18 février et 3 avril 1861 (Dalloz, 61, 1, 153 et 388). Il y a bien quelque analogie entre l'obligation solidaire et le cautionnement solidaire, mais il y a entre eux assez de différences pour justifier la restriction de l'article 2037. Le cautionnement est gratuit, engendre une obligation accessoire ; au contraire, la solidarité repose toujours

sur un motif intéressé, et consiste dans une obligation directe. Le chapitre du Code traitant de l'extinction du cautionnement, ne touchant pas à la question de l'obligation de deux débiteurs solidaires, on ne saurait raisonner ici par analogie, et appliquer au codébiteur solidaire la disposition qui oblige le créancier à conserver et à transmettre à la caution, à peine de déchéance, tous ses droits et les sûretés qui les accompagnent. C'est ainsi que le législateur, par l'article 1251, en accordant la subrogation de plein droit à celui qui est tenu pour d'autres ou avec d'autres au paiement de la dette, n'a pas voulu conclure de ce texte aux conséquences rigoureuses de l'article 2037.

La caution réelle peut-elle se prévaloir de la disposition de l'article 2037? M. Troplong adopte la négative; il se fonde sur l'article 2171, aux termes duquel le créancier ayant hypothèque spéciale sur un immeuble, ne peut être arrêté dans ses poursuites par le bénéfice de discussion.

MM. Mourlon (p. 517), Aubry et Rau (t. iv, § 429, p. 698) sont d'avis opposé. Ils tirent argument de la généralité de l'article, et s'appuient sur cette considération, que celui qui hypothèque son fonds pour la garantie de la dette d'autrui, n'intervient, comme la caution personnelle, qu'en contemplation des sûretés fournies par le débiteur.

Nous n'hésitons pas à adopter l'opinion de M. Troplong, mais nous ne saurions admettre les raisons qu'il donne à l'appui de sa théorie. A notre sens, le créancier n'est pas tenu, sous peine de déchéance, de conserver ses actions à la caution réelle, parce

que l'article 2037, placé au titre du cautionnement personnel, contient un privilège exceptionnel réservé à celui qui s'est obligé par un cautionnement. Or l'affectation hypothécaire n'est pas un cautionnement dans le sens de l'article 2011. Ainsi a jugé la Cour de Cassation dans deux arrêts rendus entre les mêmes parties, les 25 novembre 1812 et 10 août 1814 (Daloz, Rép. alph., t. II, p. 370).

Quid du tiers détenteur ? Nos anciens auteurs, Dumoulin, Loyseau, Pothier, soutenaient qu'il pouvait se prévaloir de l'article 2037 ; Bartole était d'avis opposé.

M. Troplong fait une distinction : si le créancier n'a sur l'immeuble qu'une hypothèque spéciale, comme on ne peut lui opposer le bénéfice de discussion, il ne saurait encourir la déchéance de la faveur de notre texte ; s'il a une hypothèque générale, le tiers détenteur, jouissant du bénéfice de discussion, participera à la faveur faite à la caution.

Nous refusons au tiers détenteur, comme à la caution réelle, le bénéfice qui nous occupe, par identité de motifs. La jurisprudence ici paraît quelque peu incertaine.

De quelles sûretés l'article 2037 entend-il parler ? On peut répondre qu'en principe, il vise toutes les sûretés garantissant le paiement de la dette, et sur lesquelles peut porter la subrogation accordée par la loi à la caution ; ainsi le créancier encourt la déchéance prononcée par ce texte, s'il renonce à un gage, s'il donne mainlevée d'un privilège ou d'une hypothèque, s'il décharge une autre caution.

Lorsque la subrogation aux droits du créancier

n'est devenue impossible que pour partie, la caution, croyons-nous, n'est pas déchargée pour le tout, elle l'est seulement jusqu'à concurrence du préjudice par elle éprouvé. L'article 2037 repose en effet sur l'équité, et il a pour but, non pas de faire une gratification à la caution, mais de lui procurer une simple indemnité. Sans doute, il ne distingue pas entre la perte totale et la perte partielle des sûretés, mais accorder la décharge complète serait ici une véritable injustice.

Il suit de là que, si une dette a été cautionnée par deux cautions, et que le créancier décharge l'une d'elles, l'autre demeure obligée pour moitié. La décharge consentie au profit d'un des fidéjusseurs ne lèse en rien son coobligé, car ce dernier subrogé n'aurait pu recourir que pour moitié contre le créancier. Ainsi décidait Pothier. Tel est aussi l'avis de M. Troplong, qui semble ici se mettre en contradiction avec son système. Si, comme il le soutient, l'exception de cession d'actions avait son fondement dans le bénéfice de discussion, si ces deux bénéfices étaient corrélatifs, il faudrait dire que, malgré la décharge de l'une des cautions, le créancier pourrait demander à l'autre la totalité de la dette cautionnée, puisqu'en libérant l'une d'elles, il n'a pas détruit le bénéfice de discussion qui, devant porter exclusivement sur les biens du débiteur principal, reste en entier à la disposition de la caution qui est encore obligée.

De même, le créancier n'est pas déchu de ses droits contre la caution, lorsqu'il est évident que les sûretés perdues par son fait n'avaient aucune valeur

et n'auraient été utiles en rien à la caution. Ainsi le débiteur a conféré hypothèque sur un de ses immeubles qui est déjà grevé au delà de sa valeur. S'il donne mainlevée de cette hypothèque, la caution reste tenue pour le tout, car cette opération ne lui cause aucun préjudice. Toutefois il faut que l'inefficacité de la sûreté perdue ne soit pas douteuse.

Le créancier est-il tenu de conserver au fidéjusseur, non-seulement les sûretés qui existaient au moment où le cautionnement a été contracté, mais encore celles qui se sont jointes au cautionnement à une date postérieure ?

Dans notre ancienne jurisprudence, Dumoulin, Basnage, Pothier, et presque tous les autres auteurs, déclaraient formellement que le créancier ne devait compte à la caution que des sûretés acquises au moment de la formation du contrat de cautionnement.

Aujourd'hui, de nombreux auteurs ne font aucune distinction entre les sûretés antérieures et celles postérieures au cautionnement. L'article 2037, dit-on, est général ; de plus, la caution peut avoir compté aussi sur les sûretés à venir. En ce sens on trouve un arrêt de la Cour de Caen du 18 mars 1828 (Dalloz, 28, 2, 76).

Nous préférons suivre sur ce point la doctrine de nos anciens auteurs. Il est hors de doute que, si les sûretés acquises postérieurement au cautionnement existent encore lors du paiement effectué par la caution, celle-ci, légalement subrogée, en profitera aussi bien que de celles plus anciennes ; mais le créan-

cier n'est pas tenu de conserver les sûretés nouvelles sous peine de déchéance. Sans doute, l'article 2037 ne fait pas de distinction formelle, mais l'équité et la justice seraient blessées si on admettait une conséquence aussi rigoureuse que celle adoptée par nos adversaires. Le Code a voulu suivre ici la théorie de Pothier, rien ne montre qu'il ait eu l'intention d'innover. Le prétendu motif allégué par les auteurs dont nous combattons la doctrine, que la caution en s'engageant a compté sur les sûretés futures, ne peut être pris en considération ; les espérances, en effet, n'équivalent pas à des droits, et personne ne soutiendra que, si le créancier avait négligé d'acquérir des sûretés nouvelles, la caution serait fondée à réclamer sa déchéance. La solution serait la même, et notre article est inapplicable au cas où le créancier, négligeant de poursuivre le débiteur à l'échéance, le laisse devenir insolvable (Cass. 11 mars et 8 mai 1861, Dalloz, 61, 1, 268 et 269).

Il nous reste à élucider la question de savoir quels sont les actes susceptibles de faire perdre au créancier son action contre la caution.

Le créancier est-il seulement responsable vis-à-vis du fidéjusseur des sûretés qu'il a perdues par un fait positif, *in committendo*, ou l'est-il également de celles qui ont péri par suite de sa négligence, *in omittendo* ?

Il est certain que la caution peut se prévaloir des faits positifs et directs du créancier, pour demander sa décharge. Si donc ce dernier donne mainlevée de l'hypothèque garantissant la créance, la caution peut se prétendre libérée.

Que décider en cas de perte de sûretés par suite d'omission ou négligence ? Dans notre ancien droit, Pothier se prononçait pour la négative ; dans cette matière toute d'équité, dit-il, le créancier qui n'a rien fait de contraire à la bonne foi, doit être absous. De plus, la caution peut veiller aussi à la garde des sûretés, au moins en exigeant du créancier que celui-ci fasse des actes conservatoires.

Parmi les modernes, MM. Toullier (t. VII, n° 172), Mourlon (p. 518) et Labbé (Journal du Palais, 1860, p. 431, note) se sont ralliés à l'opinion du jurisconsulte d'Orléans.

Nous croyons préférable de suivre l'opinion de la grande majorité des auteurs et de la jurisprudence, en décidant que le créancier perd son action contre la caution aussi bien par sa faute *in omittendo* que par sa faute *in committendo*.

Le premier motif allégué par Pothier, à savoir que le créancier doit être absous quand il n'a pas manqué à la bonne foi, eût pu être invoqué à Rome à propos de la fidéjussion, mais notre ancienne jurisprudence et le Code appliquent toujours en cette matière les règles du *mandatum pecuniæ credendæ*. En outre, on ne saurait admettre que la caution puisse intervenir dans les affaires du créancier ; du reste, n'est-on pas conduit au même résultat si le créancier donne mainlevée d'une inscription, ou s'il la laisse périmer, faute de l'avoir renouvelée en temps opportun.

L'article 2037 ne distingue pas entre la faute *in committendo* et celle *in omittendo* ; c'est à dessein qu'il emploie l'expression générale : « par le fait du

créancier » ; si l'intention du législateur avait été de reproduire l'opinion de Pothier, il lui eût été bien facile de s'en expliquer par un qualificatif quelconque.

Du reste, notre article 2037 n'est qu'une application du principe général de l'article 1383, qui dispose que chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Notre théorie s'appuie sur de nombreux arrêts de la Cour suprême, dont le plus récent porte la date du 7 juillet 1862 (Dalloz, 62, 1, 485).

La caution ne pourrait invoquer le bénéfice de l'article 2037 dans certains cas où la perte des sûretés serait le résultat d'une faute commune au créancier et à la caution : ce sont là des points de fait laissés à l'appréciation des tribunaux.

Notre article considère la perte des sûretés non en fait, mais en droit. Si donc la sûreté existe, la caution ne peut reprocher au créancier de n'en avoir pas retiré tout le profit désirable.



§ II. — DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT PAR VOIE DE CONSÉQUENCE.

Rappelons ici ce que nous avons déjà eu plusieurs fois l'occasion de dire dans le cours de ce travail, savoir que le cautionnement est un contrat acces-

soire, dont le sort est absolument lié à celui de l'obligation principale qui lui sert de support. Il s'éteint donc indirectement ou par voie de conséquence, par suite de l'extinction de l'obligation principale. Aussi l'article 2036 dispose, dans son premier paragraphe, que « la caution peut opposer » au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette. » Ce texte ajoute « qu'elle ne peut » opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. » La distinction posée par notre article a donné lieu à des difficultés dont la solution trouvera plus loin sa place naturelle. Passons maintenant en revue les différents modes d'extinction des obligations qui amènent, soit de plein droit, soit par voie d'exception, la libération du débiteur, et examinons l'influence que produit chacun d'eux sur l'obligation de la caution.

1° Paiement. — Lorsque le débiteur paie le créancier, il se libère et libère en même temps la caution.

Les offres réelles du débiteur suivies de consignation anéantissent son obligation, pourvu que les règles prescrites par les articles 1257 et suivants soient observées. Mais libèrent-elles irrévocablement les cautions ? Ou bien le débiteur venant à retirer les espèces par lui consignées, la caution demeure-t-elle obligée ?

Cette question était controversée dans l'ancien droit. Nous avons rapporté plus haut la distinction faite par Pothier. Les rédacteurs du Code ont con-

sacré sa manière de voir, en la précisant et complétant dans les articles 1261 et 1262 ainsi conçus :

Article 1261. — « Tant que la consignation n'a » point été acceptée par le créancier, le débiteur » peut la retirer, et s'il la retire, ses codébiteurs ou » ses cautions ne sont point libérés. »

Article 1262. — « Lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose » jugée, qui a déclaré ses offres et sa consignation » bonnes et valables, il ne peut plus, même du » consentement du créancier, retirer sa consignation au préjudice de ses codébiteurs ou de ses » cautions. »

Les cautions ne sont donc libérées par les offres suivies de consignation, que lorsque celles-ci ont été acceptées par le créancier, ou déclarées bonnes et valables par un jugement passé en force de chose jugée.

Peu importe par qui le paiement a été fait : effectué par le débiteur ou un tiers, la libération de la caution se produit. Toutefois cette proposition n'est vraie que si le paiement fait par le tiers a réellement éteint la dette. Or cette extinction n'a pas lieu dans le cas où un tiers est subrogé aux droits du créancier.

Cette subrogation conventionnelle peut avoir lieu de deux manières, aux termes de l'article 1250 :

Ou c'est le créancier qui, payé par un tiers, consent à ce dernier la subrogation.

Ou c'est le débiteur qui, ayant emprunté des fonds à l'effet de payer la dette, subroge son prêteur sans le concours de la volonté du créancier.

L'article 1252 décide que la subrogation, quelle que soit sa source, a toujours lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs ; le fidéjusseur, au cas de subrogation, n'est donc pas libéré. Toutefois le législateur, afin d'éviter des abus, a soumis la subrogation conventionnelle à des formalités rigoureuses.

Si elle a été consentie par le créancier, il faut qu'elle soit expresse et faite en même temps que le paiement. Si elle a été consentie par le débiteur au prêteur de fonds, il faut que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le subrogé. A défaut de ces formalités, la subrogation n'est pas opposable à la caution. Aussi peut-on critiquer à bon droit un arrêt de la Cour de Cassation en date du 12 février 1840 (Dalloz, 40, 1, 103), qui a validé vis-à-vis de la caution une subrogation consentie par blanc-seing et réalisée après le paiement.

Nous avons jusqu'ici supposé qu'une dette cautionnée pour la totalité avait été éteinte par un paiement intégral. *Quid* dans le cas d'une obligation cautionnée seulement pour partie, et à valoir sur laquelle le créancier n'a reçu du débiteur qu'un à-compte ? Le fidéjusseur pourra-t-il prétendre vis-à-vis du créancier, qui l'actionne pour le surplus, qu'il est affranchi de son cautionnement par le versement de l'à-compte opéré par le débiteur ? En d'autres termes, le paiement de cet à-compte doit-il

s'imputer d'abord sur la partie cautionnée de la dette ou sur la partie non cautionnée ?

Dans notre ancien droit, Brillon, en son Dictionnaire des Arrêts, au mot Caution, pense que le premier paiement doit être considéré comme fait en faveur de la caution. Cette opinion, soutenue aujourd'hui par M. Larombière (Obligations, sur l'art. 1256, n° 6), a été consacrée par un arrêt de la Cour de Caen du 16 juillet 1851 (Dalloz, 54, 5, 98).

La grande majorité des auteurs et la Cour de Cassation repoussent cette manière de voir.

Il est aujourd'hui de principe, aux termes de l'article 1253, « que le débiteur de plusieurs dettes » a le droit de déclarer, lorsqu'il paie, quelle dette » il entend acquitter. » Dans l'article 1256, le législateur décide que, lorsque le débiteur n'a fait aucune déclaration, la somme par lui versée doit être présumée payée en vue d'acquitter la dette la plus onéreuse pour lui. Si, par suite, de deux dettes, une seule était cautionnée, celle-ci doit être considérée comme ayant été acquittée, car le débiteur a plus d'intérêt à se libérer en même temps envers deux personnes qu'à l'égard d'une seule.

Mais telle n'est pas l'hypothèse que nous examinons. Dans celle qui nous occupe, il n'y a pas deux dettes, il n'y en a qu'une seule, une dette partiellement cautionnée. Il ne s'agit pas ici de savoir sur quelle dette se fera l'imputation, mais sur quelle partie de la dette elle se fera. Ce ne sera pas, à notre avis, comme le prétendent Brillon, M. Larombière et la Cour de Caen, sur la partie cautionnée, mais sur la partie non cautionnée. On

soutiendrait à tort que le débiteur a plus d'intérêt à ce que l'imputation porte sur la partie cautionnée, parce que, du même coup, il se trouvera payer en partie le créancier, et se libérer intégralement comme mandant vis-à-vis du fidéjusseur. Nous répondons à cet argument que, s'il est juste de considérer l'intérêt du débiteur, il ne faut pas sacrifier les droits du créancier. Celui-ci, en recevant une caution partielle, n'a eu d'autre but que de se garantir contre l'insolvabilité partielle du débiteur. Or, si le premier versement s'impute sur la partie cautionnée, le cautionnement pour le créancier devient illusoire. Ce dernier, en effet, a toujours compté que ce premier versement viendrait du débiteur; s'il a demandé caution, c'est pour le paiement du surplus, car c'était pour l'excédant qu'il avait des doutes sur la solvabilité du débiteur. La caution doit donc demeurer obligée jusqu'au paiement intégral de la dette, par conséquent le premier versement doit être imputé sur la partie non cautionnée de la dette (Cass. 12 janvier 1857, Dalloz, 57, 1, 278).

2° Novation. — Lorsque le créancier fait novation avec le débiteur principal, cette novation, de même que le paiement, éteint l'ancienne dette, et libère aussi les cautions, sauf dans l'hypothèse où le créancier a exigé l'accession des cautions à un nouvel arrangement, et que celles-ci aient refusé, auquel cas l'ancienne créance subsiste. C'est une conséquence du principe que la caution ne peut être tenue que de ce dont le débiteur est tenu lui-même.

Le Code nous donne un exemple dans l'article 2038 : « L'acceptation volontaire que le créancier a » faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en » paiement de la dette principale, décharge la cau- » tion, encore que le créancier vienne à en être » évincé. » Par suite de cette dation en paiement, il y a novation de l'obligation principale, et la caution est désormais libérée.

Cette question faisait difficulté dans notre ancienne jurisprudence. Pothier et Basnage donnaient la même décision que le Code dans l'article 2038 ; Renusson (Subrogation, ch. v, n° 40) était d'avis contraire. Le Code, avons-nous vu, a tranché la controverse, et dans le sens le plus équitable. En effet, dans la dation en paiement il y a une convention préexistante, expresse ou supposée, par laquelle le créancier consent à recevoir une chose plutôt qu'une autre, et c'est cette convention, et nullement le paiement, qui entraîne l'extinction de l'ancienne obligation. Il y a là novation par suite de substitution d'une obligation à une autre. Du reste, pour que la dation en paiement libère la caution, il faut qu'elle soit volontaire ; nous déciderions même que si elle était entachée d'un vice, tel que le dol ou la violence, et par suite rescindée, elle devrait être considérée comme rétroactivement anéantie, l'ancienne obligation reparaîtrait, et avec elle le cautionnement.

L'article 2038 laisse toutefois subsister une question délicate, débattue autrefois entre nos anciens auteurs. Lorsque le créancier, prévoyant l'éviction qu'il a soufferte depuis, n'a donné quittance au

débiteur qu'avec cette réserve que, s'il vient à être évincé, il recouvrera son action tant contre le débiteur principal que contre les fidéjusseurs, cette réserve, faite en l'absence et sans la participation de la caution, lui sera-t-elle opposable au cas d'éviction subie par le créancier ?

Basnage tenait pour la négative. Nous croyons, avec M. Ponsot, qu'il y a lieu de distinguer : si la réserve a été notifiée à la caution, elle peut lui être opposée, sinon le fidéjusseur sera libéré définitivement.

La disposition de l'article 2038 est générale, et s'applique à la caution solidaire aussi bien qu'à la caution simple. La Cour de Cassation a jugé en ce sens dans son arrêt du 10 mai 1858 (Dalloz, 58, 1, 283).

Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle où le créancier, au lieu de recevoir en paiement une chose pour une autre, accorde seulement au débiteur une simple prorogation de terme. Il est toujours permis à un créancier de ne pas poursuivre le débiteur dont l'obligation est devenue exigible. En matière civile, l'inaction du créancier ne lui fait perdre aucun de ses droits, soit contre l'obligé principal, soit contre les obligés accessoires, sauf le cas de prescription. C'est ce que répondaient Voet, Vinnius et Pothier à quelques auteurs, qui avaient cru voir dans la prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur, un nouveau cas de libération de la caution. Celle-ci, si elle est lésée dans ses intérêts par cette mesure, n'aura qu'à agir immédiatement en décharge contre le débiteur.

Le Code, dans l'article 2039, a consacré cette manière de voir, en ces termes : « La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement. »

Inutile d'ajouter que si la caution, au lieu de s'engager purement et simplement, a stipulé du créancier qu'elle ne serait tenue que pendant un certain temps, l'expiration de ce délai la libère de plein droit, sans qu'aucune convention ou subrogation intervenue entre le créancier et le débiteur principal puisse empêcher cet effet.

3° **Remise de la dette.** — « La remise conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions (art. 1287). » Nous avons vu les distinctions que faisait le droit romain pour apprécier les effets de la remise accordée par le créancier au débiteur principal. « Les principes du droit romain, dit très bien Pothier (n° 381) ne sont fondés que sur des subtilités très opposées à l'esprit et à la simplicité de notre droit français. » Nous ne connaissons point la solennité de l'acceptation : toutes les conventions peuvent produire des obligations civiles, les éteindre et les modifier. « Lorsqu'un créancier a convention avec le débiteur de ne point exiger de lui la dette, cette convention, selon la simplicité de notre droit français, libère de plein droit le débiteur ; c'est pour quoi le créancier ne peut pas valablement se réserver d'en pouvoir demander le paiement aux

» cautions ; la libération du débiteur entraîne
» nécessairement celle des cautions. »

En effet, si la décharge consentie au débiteur ne profitait pas aux cautions, il en résulterait que ce même débiteur serait vainement libéré par le créancier, puisque les cautions, obligées d'acquitter la dette, auraient un recours contre lui. Du reste, du moment que l'obligation principale disparaît, l'obligation accessoire s'évanouit du même coup.

Quel serait l'effet d'une remise consentie par le créancier au débiteur, sous la condition qu'elle ne profiterait pas à la caution ? Rappelons qu'à Rome, les jurisconsultes du droit classique décidaient que, dans ce cas, le fidéjusseur ne serait pas libéré. Sous Justinien, la décision change, car, au moyen du bénéfice de discussion, la caution pourra renvoyer le créancier à discuter le débiteur principal, qui alors lui opposera le *pacte de non petendo* ; par suite la caution en profite indirectement.

Dans notre ancien droit et dans notre droit actuel, la caution jouit du bénéfice de discussion, de plus, le créancier est tenu de conserver ses actions à la caution ; si donc le créancier renonce à ses droits contre le débiteur principal, il renonce nécessairement à ses droits contre le fidéjusseur.

Ceci, toutefois, n'est vrai que s'il s'agit de remise consentie volontairement par le créancier. La caution ne serait pas libérée par suite d'une remise accordée par nécessité, par exemple au cas d'une remise consentie à un failli par un concordat ; en cette hypothèse, il subsiste une obligation naturelle, base suffisante pour le cautionnement. Comme cette

matière ne rentre pas dans notre programme, contentons-nous de dire que la question était controversée dans l'ancien droit, que Pothier soutenait notre manière de voir, que l'article 545 du Code de commerce a consacré sa théorie.

C'est ici le lieu de parler du serment, de la transaction et de la chose jugée, qui sont connexes à notre matière.

« Le serment déferé au débiteur principal libère » les cautions », aux termes de l'article 1365.

Mais si le débiteur refuse de prêter le serment à lui déferé, ou bien si c'est lui qui a déferé le serment au créancier et que celui-ci le prête ; le débiteur perd son procès dans les deux cas ; cette condamnation est-elle opposable à la caution ? Ce point est controversé.

Dans l'ancien droit, Pothier enseignait l'affirmative, et son opinion, défendue par Merlin (Quest., Chose jugée, § 18, n° 5) et MM. Troplong (n° 510) et Ponsot (n° 361), a été consacrée par plusieurs arrêts de la Cour de Cassation, dont le dernier porte la date du 4 août 1842 (Sirey, 42, 1, 673). Cette doctrine invoque ce motif, qu'au moment de son intervention, la caution savait parfaitement que le créancier avait le droit de déferer le serment au débiteur, de même que celui-ci avait le droit de le déferer au créancier ; qu'elle connaissait de même les suites qu'entraînerait pour le débiteur son refus de serment ou le serment prêté par le créancier ; que dès lors on peut la considérer comme ayant donné au débiteur mandat tacite de l'obliger de cette manière.

Cet argument ne saurait nous convaincre, et nous préférons la doctrine contraire soutenue par M. Marcadé dans son commentaire de l'article 1365, et M. Paul Pont (n° 412).

Nous avons vu dans le paragraphe précédent, que le serment refusé par la caution ou prêté contre elle, n'est pas opposable au débiteur principal ; le motif en est que, si la caution peut être regardée comme le mandataire du débiteur à l'effet d'accomplir tous les actes pouvant être avantageux à celui-ci, on ne saurait soutenir que ce même débiteur lui a donné mandat d'empirer sa situation, à lui mandant. Les auteurs dont nous combattons la doctrine, et la Cour suprême sont, sur ce point, d'accord avec nous. Nous concluons que, de même, il n'est pas permis de considérer le débiteur comme ayant mandat de la caution pour aggraver le sort de celle-ci. Ne peut-on pas dire aussi, dans le cas du serment refusé par la caution ou refusé contre elle, que le débiteur a dû prévoir que le serment pourrait être déféré par la caution au créancier ou par le créancier à la caution ? Et si nos adversaires n'ont pas trouvé cette raison assez forte pour déclarer dans ces deux cas le débiteur principal condamné avec la caution, par quel prodige cet argument, jugé insuffisant quand il s'agissait de frapper le débiteur, se trouve-t-il devenu si décisif quand il s'agit de frapper le fidéjusseur ? Il semble cependant que si l'un des deux est plus digne d'intérêt que l'autre, c'est bien la caution.

Comme le serment prêté par le débiteur, le jugement prononcé au profit de celui-ci libérera égale-

ment le fidéjusseur, à moins bien entendu que ce jugement n'ait déchargé le débiteur que sur une exception à lui personnelle.

Les auteurs qui pensent que le serment refusé par le débiteur ou prêté contre lui est opposable à la caution, estiment également que le créancier peut se prévaloir contre celle-ci du jugement par lui obtenu contre le débiteur, parce que, disent-ils, la caution a dû prévoir que le débiteur pourrait être obligé de plaider, et serait par suite exposé à perdre son procès. Nous ne croyons pas que le débiteur représente ici la caution, pas plus que nous n'avons admis la représentation du débiteur par la caution, lorsque celle-ci succombe dans l'instance.

Une dernière question se présente à propos de la transaction intervenue entre le débiteur et le créancier.

La caution peut invoquer la transaction avantageuse au débiteur. Mais est-elle liée quand sa situation est aggravée par une transaction défavorable à celui-ci ? Fidèle à notre principe, nous déciderons naturellement que la transaction désavantageuse au débiteur ne peut être opposée au fidéjusseur, de même que nous avons décidé que la transaction désavantageuse à la caution ne pouvait être opposée au débiteur.

Chose curieuse, nos adversaires, qui déclaraient la caution atteinte par le serment prêté contre le débiteur et par le jugement prononcé contre lui, proclament maintenant que cette même caution n'est pas obligée par la transaction défavorable au débiteur. Ce revirement d'opinion est fondé sur ce

motif : c'est que, disent-ils, si la caution pouvait facilement prévoir l'hypothèse d'une délation de serment ou d'un procès, il ne lui était pas possible de deviner que le débiteur passerait avec le créancier une transaction qui lui fût préjudiciable.

Nous ne voyons pas pourquoi cette prévision de la transaction fût plus difficile à supposer que les autres. Du reste, le serment est-il autre chose qu'une transaction ?

Les auteurs qui enseignent que le jugement rendu contre le débiteur est opposable à la caution, admettent toutefois que, si ce jugement est susceptible d'appel, le fidéjusseur peut, du chef du débiteur, interjeter appel, quand bien même ledit débiteur refuserait de se servir de ce moyen de recours. Ils croient de même que l'acquiescement exprès ou tacite du débiteur ne ferme pas à la caution la voie de l'appel.

Si les délais d'appel sont expirés, la caution pourra-t-elle encore l'interjeter, dans le cas où le jugement de première instance ne lui aurait pas été signifié ? Merlin soutient l'affirmative, mais nous préférons l'opinion contraire de MM. Troplong (n° 514) et Ponsot (n° 363). C'est qu'en effet, si le débiteur a représenté la caution dans l'instance, la signification faite au débiteur suffit évidemment, elle est censée faite en même temps à la caution. De même, MM. Troplong et Ponsot refusent à la caution la voie de la tierce opposition, car elle a été partie dans l'instance. La Cour de Cassation a décidé que le fidéjusseur ne peut employer la tierce opposition contre le jugement qui a condamné le débiteur

principal, sauf le cas où elle entendrait faire valoir contre les prétentions du créancier des moyens qui lui seraient personnels, et à l'égard desquels le débiteur ne pourrait par suite la représenter (Cass. 27 novembre 1811, Sirey, 12, 1, 125).

4° Compensation. — La compensation légale ayant pour effet d'éteindre de plein droit et même à l'insu du débiteur la dette compensée (art. 1290), il en résulte que, dans le cas où la dette cautionnée se trouve compensée, la caution est libérée immédiatement. L'article 1294, 1°, consacre une conséquence de l'article 1290, quand il nous dit : « La » caution peut opposer la compensation de ce que » le créancier doit au débiteur principal. »

La caution pourrait se prévaloir de la cause de compensation qui existe entre le débiteur et le créancier, même quand ce débiteur s'abstiendrait de l'opposer, et cela en vertu du principe que la compensation, dans notre droit, est légale et s'accomplit de plein droit.

La caution solidaire peut-elle, comme la caution simple, se prévaloir de la compensation ? L'article 1294, *in fine*, s'exprime ainsi : « Le débiteur » solidaire ne peut opposer la compensation de ce » que le créancier doit à son codébiteur. » On a conclu de là que la caution solidaire doit être assimilée sur ce point au codébiteur solidaire. Nous n'admettons pas cette interprétation. Ce dernier alinéa a été ajouté au projet primitif de notre article sur la demande du Tribunal, uniquement par faveur pour celui des codébiteurs solidaires qui serait devenu créancier du créancier. Le législateur a

voulu dispenser ce débiteur de la nécessité de venir opposer au créancier le droit qu'il aurait acquis contre lui, et d'avancer le total d'une dette dont il ne doit en définitive supporter qu'une partie. Les mêmes raisons de décider n'existent pas dans l'hypothèse d'une caution solidaire ; le débiteur principal doit supporter seul, autant que possible, toute la dette; il doit donc souffrir que la caution puisse opposer au créancier la créance qu'il a acquise contre lui.

5° **Confusion.** — La confusion étant la réunion sur la même tête de deux qualités incompatibles, de créancier et de débiteur de la même obligation, celle-ci ne saurait subsister. L'obligation principale étant éteinte, le cautionnement disparaît avec elle, et le fidéjusseur poursuivi pourra opposer l'exception tirée de la confusion. Tel était le sentiment de Cujas et de Pothier dont le Code a reproduit la doctrine : « La confusion, dit l'article 1301, 1°, qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions. »

Remarquons cependant que, si les cautions sont ainsi libérées, leur libération n'est pas un effet direct de la confusion; le débiteur, devenu créancier, ne peut les poursuivre par ce qu'il leur doit garantie, et qu'en cette qualité de garant, il serait obligé de leur rendre ce qu'il retirerait d'elles.

Pothier décidait que, pour que la dette principale et par suite le cautionnement fussent éteints par confusion, il fallait que la confusion s'opérât réellement. Il n'en était pas ainsi, disait-il, quand le débiteur n'est devenu l'héritier du créancier que sous

bénéfice d'inventaire, et réciproquement, l'effet du bénéfice d'inventaire étant de faire regarder l'héritier et la succession comme deux personnes distinctes, en empêchant leurs droits respectifs de se confondre. Cette manière de voir du jurisconsulte d'Orléans doit encore être suivie aujourd'hui.

Si la confusion n'est que partielle, les cautions ne sont libérées que jusqu'à concurrence de la somme où la créance et la dette se rencontrent.

Dans le cas où, antérieurement au moment de la confusion, la caution a déjà versé une partie de la dette aux mains du créancier pour le débiteur principal, le fidéjusseur conserve son recours contre lui jusqu'à concurrence de la somme déboursée.

La confusion opérée vient-elle à disparaître ; la créance et la dette primitive revivent, mais quel sera le sort du cautionnement ? Il faut distinguer. Si la confusion est anéantie par suite de la nullité légale de la cause qui l'a produite, *ex causa antiqua*, la confusion est réputée non avenue, l'obligation principale revit avec tous ses accessoires ; c'est ce qui arriverait, par exemple, si le débiteur héritier avait fait rescinder son acceptation de la succession du créancier pour cause de violence. Mais l'obligation de la caution demeurerait définitivement éteinte, si la révocation de la confusion avait été opérée conventionnellement, sans motif légal d'annulation, ainsi au cas où l'hérédité aurait été vendue à un tiers ; la confusion, dans cette hypothèse, était un droit acquis à la caution, qui est ici un tiers, et rien ne peut lui en enlever le bénéfice.

6° Perte de la chose due. — Lorsque l'obligation a pour objet un corps certain qui vient à périr, elle est éteinte faute d'objet.

Il faut à cet égard, avec l'article 1302, distinguer plusieurs hypothèses.

La chose a péri par cas fortuit ou force majeure avant que le débiteur fût en demeure de la livrer : le débiteur et la caution sont libérés.

La chose a péri par cas fortuit ou force majeure après la mise en demeure du débiteur. S'il est prouvé que la chose eût également péri chez le créancier si elle lui eût été livrée, le débiteur et la caution sont libérés ; au cas contraire, le débiteur doit des dommages-intérêts dont le fidéjusseur garantit le paiement. Ce dernier résultat s'applique aussi au cas où la chose a péri par le fait ou la faute du débiteur.

Prévoyant le cas où le corps certain a péri par le fait ou la faute de la caution, Pothier décide qu'alors le débiteur est libéré, et que la caution reste tenue de payer au créancier l'estimation de la chose.

7° Nullité ou rescision. — Nous avons examiné plus haut la question de savoir si le cautionnement pouvait ou non s'adjoindre aux obligations radicalement nulles, et aux obligations annulables par suite de vices inhérents au contrat ou provenant de l'incapacité civile de l'obligé.

L'article 2036, *in fine*, s'exprime ainsi : « La caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. » Ce n'est là qu'une répétition de l'article 2012, deuxième alinéa.

C'est ici le lieu de préciser la distinction entre les

exceptions inhérentes à la dette et celles personnelles au débiteur.

Les exceptions que la caution peut invoquer sont celles qui éteignent la dette d'une façon absolue, ainsi le paiement, la novation, la compensation, etc; acquises au débiteur principal, elles le sont forcément à la caution. Ce sont là les exceptions inhérentes à la dette ou réelles.

Les exceptions personnelles au débiteur sont d'abord celles résultant de la cession de biens, du concordat, du délai de grâce ; nous y ajouterons les causes d'annulation fondées sur l'incapacité de l'un des contractants et sur les vices du consentement. Les premières n'éteignent pas la dette en elles-mêmes, bien que le débiteur soit momentanément dispensé de l'acquitter. Les autres permettent bien au débiteur de demander l'anéantissement de la dette, mais ne l'éteignent pas tant que la rescision n'a pas été demandée par l'obligé principal, qui seul a le droit de contester la validité de l'acte ; s'il renonce à exercer cette prérogative, personne, pas même la caution, ne peut s'en prévaloir et l'exercer à sa place.

Les rédacteurs de l'article 2036 ont eu tort d'ajouter le mot purement aux mots exceptions personnelles. Aussi M. Marcadé a-t-il par suite distingué trois sortes d'exceptions : réelles, personnelles et purement personnelles. Nous croyons, avec la plupart des auteurs, qu'il n'y a que deux sortes d'exceptions, les exceptions réelles et les exceptions personnelles, ces dernières mal à propos qualifiées quelquefois dans les textes de purement person-

nelles. On peut tirer argument en ce sens du texte et de l'esprit des articles 1208 et 2036, et des travaux préparatoires.

Certains auteurs, et notamment M. Troplong (n° 495), rangent dans la classe des exceptions personnelles au débiteur principal, non pas toutes celles qui sont réservées à la personne, mais celles qui seraient introduites en faveur de la personne : ils en excluent par suite les nullités pour vices du consentement et enseignent que la caution pourrait toujours opposer ces dernières, quand même le débiteur principal aurait ratifié l'obligation. Ils argumentent en ce sens des expressions de l'article 1338, *in fine* : « sans préjudice du droit des tiers. » Cet argument n'a aucune valeur, la ratification d'un acte annulable ne préjudicie pas aux tiers, il est vrai, seulement ces tiers sont, non pas les cautions, qui ont seulement un droit personnel contre le débiteur, mais les tiers acquéreurs, les créanciers hypothécaires, et autres personnes ayant acquis quelque droit réel sur le bien objet de l'obligation ratifiée. Nous pouvons donner en ce sens les mêmes motifs et arguments que ci-dessus.

8° Arrivée de la condition résolutoire. — Lorsque l'obligation principale a été contractée sous condition résolutoire, l'arrivée de celle-ci la fait disparaître et considérer comme n'ayant jamais existé ; le cautionnement intervenu sur une telle dette subit le même sort.

Toutefois, lorsque la résolution du contrat a lieu pour cause d'inexécution de la part du débiteur, l'obligation de celui-ci se résout en dommages-

intérêts ; la caution alors n'est pas libérée, et, par une sorte de transport, elle garantit cette obligation nouvelle de dommages-intérêts.

9° **Prescription.** — La prescription accomplie par l'expiration du terme fixé par la loi, constitue en faveur du débiteur principal une cause légale de libération, dont la caution pourra également se prévaloir sur les poursuites du créancier.

Reste la question de savoir si la caution serait admise à opposer au créancier la prescription de la dette principale, même au cas où le débiteur aurait renoncé à l'invoquer ? Nous inclinons vers l'affirmative, contrairement à l'opinion de quelques auteurs. L'article 2225 nous semble formel en ce sens : « Les créanciers, ou toute autre personne » ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, » peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le » propriétaire y renonce. »



POSITIONS

Droit Romain

- I. — Le legs *per præceptionem* de choses dont le testateur a la propriété quiritaire, est directement translatif de propriété.
- II. — Les héritiers institués *ex certa re*, venant en concours avec d'autres héritiers institués avec ou sans assignation de parts, sont considérés comme légataires, même si leurs cohéritiers ne font pas adition (L. 13 Code, De hered. inst.)
- III. — La propriété ne peut être transférée *ad tempus*.
- IV. — La représentation *per extraneam personam* n'est pas admise dans les actes juridiques.

Droit Civil

- I. — Les héritiers du donateur ne peuvent point opposer le défaut de transcription de la donation.
- II. — La subrogation est à la fois un paiement dans les rapports du créancier subrogeant avec le tiers subrogé qui le paie, et une cession-transport dans les rapports du subrogé avec le débiteur dont il a acquitté la dette.
- III. — L'immeuble donné, par un seul et même contrat, et sans désignation de parts, au mari et à la femme, est propre pour moitié à chaque époux.
- IV. — Le mari ne peut aliéner seul les propres mobiliers de la femme.
- V. — Le préciput n'est pas une libéralité quant au fond.
- VI. — Le droit du preneur à bail est purement personnel.

Procédure Civile

- I. — Les énonciations requises par l'article 141 du Code de procédure pour la rédaction des jugements, ne sont pas toutes exigées à peine de nullité.
- II. — Le jugement par défaut-congé ne concerne que la procédure, et ne touche pas au fond du droit.

Droit International

- I. — Un Etat n'extrade pas ses nationaux.
- II. — Les agents diplomatiques sont inviolables.

Vu et approuvé par :

Le Doyen de la Faculté,

A. VAUGEOIS.

Le Président de la Thèse,

J. LAISNÉ-DESHAYES.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie,

E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

De la Fidéjussion

	Pages.
INTRODUCTION.	9
CHAPITRE I. — Développement historique de l'ad- promissio	24
CHAPITRE II. — De la nature et de l'étendue de la fidéjussion	37
§ 1. — A quelles obligations peut accéder la fidéjussion ?	37
§ 2. — Quelles personnes peuvent se por- ter fidéjusseurs ?	58
§ 3. — De l'objet et de l'étendue de la fidé- jussion	61
CHAPITRE III. — Des effets de la fidéjussion.	82
§ 1. — Du bénéfice de discussion	82
§ 2. — Du bénéfice de division	91
§ 3. — Du bénéfice de cession d'actions	100

	Pages.
CHAPITRE IV. — De l'extinction de la fidéjussion. .	110
§ 1. — De l'extinction de la fidéjussion par voie de conséquence	110
§ 2. — De l'extinction de la fidéjussion in- dépendamment de l'obligation principale	125
CHAPITRE V. — De quelques autres intercessiones. .	133
§ 1. — Du <i>mandatum pecuniæ credendæ</i>	133
§ 2. — Du pacte de constitut	139
§ 3. — De l'intercessio de la femme et du sénatus consulte Velleien	149



DEUXIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT FRANÇAIS



Du Cautionnement



NOTIONS PRÉLIMINAIRES	161
§ 1. — De la nature et de l'étendue du cau- tionnement.	169
§ 2. — Des effets du cautionnement	173
A. Du bénéfice de discussion	173
B. Du bénéfice de division.	175

	Pages.
C. Du bénéfice de cession d'actions ou de subrogation	177
D. Du recours de la caution contre le débiteur principal et contre ses cofidéjusseurs	179
§ 3. — De l'extinction du cautionnement .	181
§ 4. — Du <i>mandatum pecuniæ credendæ</i> et du pacte de constitut	184
§ 5. — Du sénatus consulte Velleien dans notre ancienne jurisprudence.	187

TROISIÈME PARTIE

DROIT CIVIL

Du Cautionnement

DU CAUTIONNEMENT	197
CHAPITRE I. — De la nature et de l'étendue du cau- tionnement	199
§ 1. — Caractères du cautionnement . .	199
§ 2. — Qui peut être caution ?	208
§ 3. — Quelles dettes peut-on cautionner ?	217
§ 4. — De l'étendue du cautionnement. .	231
CHAPITRE II. — Des effets du cautionnement. . .	241

	Pages.
SECTION I. — Des effets du cautionnement entre le créancier et la caution . . .	241
§ 1. — Du bénéfice de discussion. . . .	241
§ 2. — Du bénéfice de division.	255
SECTION II. — Des effets du cautionnement entre le débiteur et la caution. . . .	265
§ 1. — De l'action personnelle à la caution	265
§ 2. — Du bénéfice de subrogation légale.	279
§ 3. — Des cas où la caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur	291
SECTION III. — De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs	305
CHAPITRE III. — De l'extinction du cautionnement .	314
§ 1. — De l'extinction du cautionnement indépendamment de l'obliga- tion principale	314
§ 2. — De l'extinction du cautionnement par voie de conséquence. . . .	335
POSITIONS.	357

